

DET EUROPEISKE SELSKAP

Skattemessig behandling av et SE-selskap ved stiftelse og ved
flytting av selskapets hovedsete

Kandidatnummer: 227

Veileder: professor Frederik Zimmer

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 17703 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger.....	2
1.3	Rettskildebruk	3
1.4	Oppgavens oppbygning.....	4
<u>2</u>	<u>SELSKAPSRETTLIGE SIDER VED SE-SELSKAP</u>	<u>5</u>
2.1	Innledning	5
2.2	Forholdet mellom rettskilder.....	5
2.3	Generelt om SE-selskap	8
2.4	Stiftelse av SE-selskap	10
2.4.1	Stiftelse ved fusjon	10
2.4.2	Stiftelse av et SE-holdingselskap.....	11
2.4.3	Stiftelse av et SE-datterselskap.....	12
2.4.4	Omdannelse av allmennaksjeselskap til SE-selskap	12
2.5	Flytting av et SE-selskap.....	12
<u>3</u>	<u>SKATTERETTLIGE SIDER VED ET SE-SELSKAP</u>	<u>14</u>
3.1	Innledning	14
3.2	Skatterettslige spørsmål ved stiftelse av et SE-selskap.....	15
3.2.1	Stiftelse ved fusjon	15
3.2.1.1	Fusjon hvor det norske selskapet er overdragende.....	16

3.2.1.2	Fusjon hvor det norske selskap er overtakende	26
3.2.1.3	Fusjon ved nystiftelse.....	26
3.2.1.4	Fusjonsdirektivet	27
3.2.1.5	Sammenligning av Finansdepartementets praksis etter sktl. § 11-22 og fusjonsdirektivet ..	31
3.2.1.6	Alfred Berg SE.....	33
3.2.2	Stiftelse av SE-holdingselskap.....	35
3.2.3	Stiftelse av SE-datterselskap.....	39
3.2.4	Omdannelse av allmennaksjeselskap til SE-selskap.....	41
3.3	Skattemessig hjemsted for SE-selskap	42
3.4	Skatterettslige spørsmål ved flytting av et SE-selskap	44
3.4.1	Innledning	44
3.4.2	Skattemessige konsekvenser av utflytting av aksjeselskaper.....	45
3.4.3	Skattemessige konsekvenser av utflytting av SE-selskap	46
3.4.3.1	Situasjon for SE-selskap	46
3.4.3.2	Likvidasjon.....	48
3.4.3.3	Skattefritak etter § 11-22.....	49
3.4.3.4	Forhold til EØS-avtalen	50
3.4.4	Skattemessige konsekvenser av innflytting av et SE-selskap	52
3.4.5	Flytting av et SE-selskap etter fusjonsdirektivet.....	52
3.5	Forhold mellom fusjonsdirektivet og friheter etter EØS-avtalen	53
4	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....</u>	<u>55</u>
5	<u>VIDERE ARBEID PÅ SKATTERETTENS OMRÅDE</u>	<u>57</u>
6	<u>KILDER OG LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
6.1	Lover	59
6.2	Forarbeider	59
6.3	EU-dokumenter	60
6.4	Domsregister	61

6.5	Litteraturliste.....	62
------------	-----------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Den stadig økende samhandel på tvers av landegrensene og selskaper som har virksomheter i flere land, har skapt behov for en mer rasjonell og effektiv selskapsform.

Internasjonaliseringen har skapt et ønske om en felleseuropeisk selskapsform. En slik selskapsform ble til en virkelighet da Rådet vedtok forordningen om vedtektene for det europeiske selskap den 8. oktober 2001 (SE-forordning). Arbeidet med SE-forordningen hadde da pågått i lang tid. Det første offisielle forslag til et felleseuropeisk selskap ble fremsatt i 1970. Forslaget ble revidert i 1975, 1989 og 1991. Det opprinnelige forlag inneholdt 284 artikler og hadde ambisjoner om å regulere alle forhold ved et SE-selskap, men den vedtatte forordningen inneholder kun 70 artikler. Norge er forpliktet etter EØS-avtalen til å gjennomføre SE-forordningen, og har gjort dette ved å gi en egen SE-lov, som trådte i kraft 1. april 2005. Societas Europaea (SE-selskap) er en ny selskapsform med begrenset ansvar, som kan benyttes av norske selskaper som ønsker å drive med virksomhet i flere EØS-stater.

Det som fanget min interesse først var navnet "Europeisk selskap". Navnet gir et inntrykk av en ny overnasjonal selskapsform. Jeg ville finne ut mer om den nye selskapsformen, og valgte derfor den som tema for min oppgave. Videre ville jeg kombinere det europeisk selskap med skatterett.

Problemstillingen som jeg ønsker å belyse i oppgaven er hvordan SE-selskaper vil bli skattemessig behandlet i Norge ved stiftelse av et SE-selskap og ved flytting av SE-selskapets hovedsete til en annen EØS-stat. Fusjon over landegrense har tidligere ikke vært mulig selskapsrettslig i Norge, men SE-forordningen åpner nå for en slik mulighet. Det er derfor interessant å se hvordan Norge skatterettslig stiller seg til en slik fusjon. Det kan

spørres om stiftelse av SE-selskap ved fusjon kan gjennomføres skattefri som ved rent nasjonale fusjoner. Heller ikke flytting av selskapets hovedsete har vært mulig tidligere, i norsk selskapsrett, uten at selskapet måtte oppløses og likvideres. Nå tillater SE-forordningen at SE-selskapet fortsetter som en juridisk person ved flytting av hovedsete. Spørsmålet blir dermed om og hvordan forordningen har betydning for skattemessig behandling av SE-selskapet. Disse spørsmålene vil bli behandlet nedenfor. Skattemessige løsninger i norsk rett antas å løses ved dispensasjonsregler i skatteloven. Det er derfor også av interesse å se på om dispensasjonspraksis anvendt på SE-selskaper er i samsvar med forbudsbestemmelse om etableringsretten i EØS-avtalen.

1.2 Avgrensninger

SE-forordningen inneholder regler om stiftelse av et SE-selskap og flytting av selskapets sete. I tillegg har den også regler om selskapsorganer, regnskapsregler og regler om oppløsning, osv. Regler om selskapsorganer og regnskapsregler faller utenfor oppgavens tema. De selskapsrettslige reglene har jeg kun behandlet kort, fordi jeg har valgt å legge hovedfokus på de skatterettslige forhold.

Skatterettslige spørsmål kan reises ved stiftelse av et SE-selskap, drift av et SE-selskap, flytting av et SE-selskap samt oppløsning av et SE-selskap. Å behandle alle de skatterettslige sidene ved et SE-selskap vil være for omfattende og føre for langt i denne oppgaven. Jeg har derfor valgt ut noen områder som jeg ønsker å fordype meg i. Jeg har valgt å konsentrere meg om de skattemessige spørsmål som oppstår ved stiftelse og flytting av et SE-selskap.

Fremstillingen er begrenset til direkte beskatning, nærmere bestemt inntektsskatt. Det som kjennetegner direkte skatt er at subjekt for skatten er det rettssubjekt som skatten har til hensikt å ramme.¹

¹ Se Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 4. utg. 2001, s. 30.

1.3 Rettskildebruk

SE-forordningen er inkorporert i norsk intern rett, og jeg har derfor tatt utgangspunkt i den. Forordningen regulerer for det meste selskapsrettslige forhold. Skatterettslige problemer ved SE-selskaper er henvist til internrettslige skatteregler. Jeg har valgt å skrive oppgaven ut fra et norsk perspektiv og tar derfor i utgangspunktet norske skatteregler ved behandling av SE-selskaper. Ved tolking av skatteregler gjelder de alminnelige regler for lovtolking.

De skatterettslige spørsmål som oppstår ved stiftelse og flytting av et SE-selskap vil i norsk rett for en stor del løses på basis av dispensasjonsregler i skatteloven. Reglene er basert på skjønn, og det er derfor av interesse å se på Finansdepartementets praksis vedrørende dispensasjonshjemlene. Samtykkeordningen gir skattyter en dårlig forutberegnelighet. Skattyter får ikke vite sin rettstilstand før søknaden er blitt behandlet av Finansdepartementet. Hvert år gir Regjeringen en redegjørelse for sin praksis når det gjelder anvendelse av dispensasjonshjemlene. Jeg har sett på disse og brukt dem i oppgaven. Andre forarbeider til de relevante skattebestemmelsene har også vært brukt.

For å vurdere om de norske dispensasjonsregler er i strid eller i tråd med forbudsbestemmelse om etableringsretten i EØS-avtalen, har jeg sett på rettspraksis fra EF-domstolen.

Ved de lege ferenda-vurdering av de skatterettslige spørsmålene, har jeg brukt fusjonsdirektivet for å se om de norske skattereglene bør harmoniseres med EU-regler på området.

I og med at selskapsformen er så ny i Norge, foreligger det ikke noen norsk litteratur om selskapsformen. Men det foreligger en del dansk litteratur som tar for seg selskapsformen, blant annet Erik Werlauff, *SE – The Law of the European Ccompany*, *EU-selskabsrett* og Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*. Ellers har vært skrevet en del artikler i ulike tidsskrifter om selskapsformen og de skatterettslige konsekvenser av stiftelse og flytting av et SE-selskap. I artiklene diskuteres de skatterettslige problemstillinger ved

hjelp av fusjonsdirektivet som gjelder for EU-statene. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, så Norge har ikke implementert det i sin lovgivning. Skattemessig behandling av stiftelse og flytting av SE-selskap må derfor baseres på norske skatteregler. Men som nevnt foran, så vil det ved en de lege ferenda-vurdering være av interesse å se på direktivets regler på stiftelse og flytting av SE-selskapets sete.

1.4 Oppgavens oppbygning

I kap. 2 gis det først en kort redegjørelse av forholdet mellom SE-forordningen og andre rettskilder. Dernest redegjøres det kort for de selskapsrettslige reglene ved stiftelse og flytting av et SE-selskap.

De skatterettslige sider ved et SE-selskap blir tatt opp i kap. 3. Der behandles for det første de skattemessige konsekvensene ved de forskjellige stiftelsesmåtene. Videre blir det skattemessig hjemstedsbegrepet tatt opp. Til sist drøftes de skattemessige konsekvensene ved flytting av SE-selskaps hovedsete til en annen EØS-stat.

Det gis til slutt en kort oppsummering og konklusjon i kap. 4. Mulige utviklingslinjer og tilnærmingsmåter for å få til et felles skattesystem i EU- og EØS-området blir også behandlet.

2 Selskapsrettslige sider ved SE-selskap

2.1 Innledning

Fra 1. april 2005 kan norske selskaper stifte en ny selskapsform med begrenset ansvar, nemlig det europeiske selskap, Societas Europaea (SE). Selskapsformen muliggjør en grenseoverskridende fusjon som tidligere ikke var mulig i selskapsretten. Den nye selskapsformen gir også mulighet til flytting av selskapets hovedsete til en annen EØS-stat uten å måtte gå veien om oppløsning. Denne selskapsformen kan dermed bli et nyttig redskap ved omorganisering og effektivisering for selskaper som har virksomhet i flere EØS-land. SE-selskap kan også gi et image av supernasjonalitet utad, jf. navnet ”europeisk selskap”, og det kan være en av grunnene til at selskaper velger nettopp denne selskapsformen.

Lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a av 2005-04-01 nr. 14 (SE-loven) er en gjennomføring av EFs rådsforordning nr. 2157/2001 av 8. okt. 2001 (SE-forordningen). Norge er forpliktet etter EØS-avtalen å gjennomføre forordningen. Lovgiverne har valgt å inkorporere forordningen ved å gi en egen lov om europeiske selskaper, og SE-forordningen er i sin helhet gjort til norsk rett etter § 1.

2.2 Forholdet mellom rettskilder

SE-rådsforordning er den øverste rettskilde i EØS-rett og i norsk rett når det gjelder regulering av SE-selskaper. I norsk rett er forordningen inkorporert ved SE-loven og går i utgangspunktet ikke foran annen formell norsk lov, men i EØS-lovens § 2 fastslås det at bestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser i norsk rett, som regulerer samme forhold. Dette gjør at

SE-forordningen er den øverste rettskilde i norsk rett ved regulering av SE-selskaper. SE-forordningen gir ikke noen uttømmende selskapsrettslig regulering, og den overlater mye til nasjonal rett og selskapsvedtekter til å utfylle dens bestemmelser, jf. Art. 9 c i forordningen.

Forordningen gir selv et rangforhold mellom de ulike rettskilder, jf. Art. 9. Et SE-selskap skal først og fremst være regulert av SE-rådsforordningen og selskapsvedtekter gitt i medhold av forordningen, jf. Art. 9 nr. 1 a og b. Mellom disse er det bestemmelser i forordningen som går foran. Dette følger av ordlyden Art. 9 nr. 1 b, jf. ”når det er uttrykkelig tillatt etter denne forordningen...”.

Som nevnt foran er forordningen ikke uttømmende når det gjelder selskapsrettslige forhold. Når forhold ikke er regulert av forordningen, er det nasjonale regler som kommer til anvendelse, jf. Art. 9 nr. 1 c. I intern rett skal SE-selskapet først og fremst følge de nasjonale regler som gjennomfører SE-forordningen, jf. Art. 9 nr. 1 c i). I Norge er det SE-loven. SE-loven gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og som nevnt foran går den foran andre formelle lover som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. Forhold til annen norsk lovning og forrang er også gitt i SE-loven § 2 (1) 1. og 2. pkt, jf. ”gjelder reglene i allmennaksjeloven tilsvarende så langt de passer, og såfremt ikke noe annet følger av ... loven her. På samme måte gjelder øvrige regler gitt i eller i medhold av lov som gjelder for allmennaksjeselskaper generelt, eller som gjelder for den virksomheten selskapet driver.”

I det tilfelle SE-loven heller ikke regulerer forholdet, er det bestemmelser som vil få anvendelse på allmennaksjeselskaper, i den medlemsstat hvor SE-selskapet har sitt forretningskontor, som kommer til anvendelse på SE-selskaper, jf. i Art. 9 nr.1 c ii). Art. 10 i forordningen sier uttrykkelig at et SE-selskap skal behandles som et allmennaksjeselskap i den stat det har sitt forretningskontor. Det følger også av SE-loven § 2 (1). Den presiserer at bestemmelsene i allmennaksjeloven og bestemmelser i annen lovgivning som gjelder

allmennaksjeselskaper, komme til anvendelse på norske SE-selskaper. Til sist vil selskapsvedtekter gitt etter nasjonale regler komme til anvendelse, jf. Art. 9 nr. 1 c iii).

Er det motstrid mellom nasjonal lovgivning og selskapsvedtekter gitt i medhold av forordningen, vil selskapsvedtekter gå foran, jf. "...såfremt ikke noe annet følger av SE-forordningen, vedtekter gitt i medhold av SE-forordningen..." § 2 (1) 1. pkt. I SE-loven § 2 (2) 1. pkt. er det gitt en forskriftshjemmel i det tilfelle det er tvil om forholdet mellom SE-forordningen, SE-loven og annen norsk lovgivning. Kongen kan da gi presiserende regler som avklarer enkeltspørsmål om forholdet mellom regelsettene.

Forordningen åpner på visse områder for at medlemsstatene kan supplere eller avvike fra reglene i forordningen. Hvis medlemsstaten benytter seg av denne muligheten, vil disse reglene gå foran forordningens regler. Det skjer en vekselvirkning mellom gjennomføringsloven, forordningen og nasjonal rett ellers.² For eksempel åpner Art. 2 nr. 5 for at også et selskap som ikke har hovedkontor i en EØS-stat, på visse vilkår kan delta i etableringen av et SE-selskap. Norge har benyttet seg av muligheten og har inntatt en slik bestemmelse i SE-loven § 4. SE-loven vil da gå foran forordningens bestemmelse på dette området. Et annet eksempel er SE-loven § 11 (2). Forordningens Art. 55 nr. 1 sier at aksjeeiere som sammen eier minst 10 prosent av et SE-selskaps tegnede kapital, kan anmode selskapet om å innkalle til generalforsamling og fastsette dagsorden for denne. Men bestemmelsen åpner for at medlemsstater eller SE-selskapets vedtekter kan fastsette en lavere andel på samme vilkår som den som gjelder for allmennaksjeselskaper. Norsk lovgiver har benyttet seg av muligheten, og har valgt å la allmennaksjeloven § 5-7 (2) komme til anvendelse, jf. SE-loven § 11 (2). Der er eierkravet en tjuedel av aksjekapitalen, og det er lavere enn det som er gitt i Art. 55 nr. 1.

Det er henvist til selskapsvedtekter to steder i Art. 9, både i Art. 9 nr. 1 b og i Art. 9 nr. 1 c iii). Vedtektsbestemmelsene kan enten ta stilling til spørsmålet fordi SE-forordningen uttrykkelig sier at de kan regulere spørsmålet, eller de kan ta stilling til det fordi verken

² Se Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 3.1.

forordningen eller nasjonal lovgivning løser spørsmålet. I den førstnevnte situasjon er vedtektsbestemmelser blitt delegert kompetanse gjennom forordningen, mens i den sistnevnte situasjon så har de til oppgave å utfylle rettstomrommet. Det betyr ikke at SE-selskapet har to sett med vedtekter, men at de enkelte vedtektsbestemmelser har hjemmel i forskjellige rettkilder.³

2.3 Generelt om SE-selskap

Et SE-selskap er et selskap med begrenset ansvar, og aksjeeierne er bare ansvarlige for den aksjekapitalen de har tegnet, jf. Art. 1 nr 2. SE-selskapet er også en egen juridisk person og kan inneha rettigheter og pådra seg forpliktelser, jf. Art. 1 nr. 3.

Et SE-selskap må ha en minimums aksjekapital på 120.000 Euro, jf. Art. 4 nr. 2. Nasjonal rett kan kreve at visse typer av virksomheter skal ha høyere aksjekapital. Dette gjelder for eksempel finansieringsinstitusjoner, forsikringsselskaper o.l. Disse kravene vil også gjelde for SE-selskaper, jf. Art. 4 nr. 3.

Det er et krav at SE-selskap skal ha forretningskontor i samme medlemsstat som hovedkontoret, jf. Art. 7 1.pkt. Med forretningskontor menes det formelt registrerte kontor, jf. "registred office" i engelsk versjon av forordningen og Art. 12. Forordningen har ikke noen definisjon av hva som mens med hovedkontor, men i norsk selskapsrett svarer selskapets hovedkontor til det sted hvor selskapet faktisk driver sin daglige virksomhet, jf. Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, s 511. Forordningen Art. 7 2. pkt. gir den enkelte medlemsstat anledning til å lovfeste et krav om at SE-selskaper skal ha hovedkontor og forretningskontor på samme sted. Det vil si at medlemsstaten kan kreve at forretningskontor og hovedkontor skal ligge i samme kommune eller innenfor en annen geografisk avgrenset område. Men norske lovgivere synes det ikke er behov for en slik samlokalisering, og har derfor ikke gitt noen bestemmelse om det, jf. Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 5.1.

³ Se Werlauff, *SE-The Law of the European Company*, s. 23.

Er forretningskontor og hovedkontor ikke i samme stat, skal den medlemsstat hvor selskapet har sitt forretningskontor, treffe hensiktsmessige tiltak for å pålegge SE-selskapet til å avhjelpe forholdet innen en nærmere fastsatt frist. SE-selskapet kan enten nyetablere sitt hovedkontor i medlemsstaten der forretningskontoret ligger, dvs. flytte den faktiske ledelse, eller flytte forretningskontoret tilbake til medlemsstaten der hovedkontoret ligger, jf. Art. 64 nr. 1.

SE-forordningen gir som nevnt ikke uttømmende regulering av SE-selskaper, og henviser til nasjonal rett. Det er derfor av betydning hvilket lands lov som skal gjelde for selskapet. I selskapsretten er det to hovedteorier, stiftelsesteorien og hovedseteteorien.⁴ Stiftelsesteorien innebærer at selskapet skal bedømmes etter den lov som selskapet er stiftet etter, uavhengig av hvor selskapets virksomhet drives. Hovedseteteorien derimot, legger avgjørende vekt på hvor selskapet faktisk har sitt sete. Selskapets sete betyr der den daglige ledelse utføres. Etter hovedseterteorien er det setelandets lov som kommer til anvendelse.

For selskaper som flytter sitt sete, kan det oppstå problemer hvis fraflyttingsstaten anvender stiftelsesteorien og tilflyttingsstaten anvender hovedseteteorien. Men for SE-selskaper er dette problemet løst ved SE-forordningens Art. 7. At et SE-selskap skal ha forretningskontor og hovedkontor i samme medlemsstat, fører til at det etter begge teoriene vil lede til samme lovvalg. Det formelle tilknytningskriterium og det reelle tilknytningskriterium vil være knyttet til samme stat.

Et SE-selskap skal ifølge Art. 12 registreres i den medlemsstat hvor det har sitt forretningskontor. Et SE-selskap som har forretningskontor i Norge, skal derfor registreres i Foretaksregisteret.⁵ Det skal bruke betegnelsen "SE" enten foran eller etter selskapsnavnet, jf. Art. 11 nr. 1. Det er for å gjøre det lettere å kjenne igjen et SE-selskap.

⁴ Se Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, s 511.

⁵ Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 5.2.

Dette er i likhet med aksjeselskaper som har betegnelsen AS etter selskapsnavnet og allmennaksjeselskaper som har ASA etter selskapsnavnet.

2.4 Stiftelse av SE-selskap

Et SE-selskap kan stiftes på fire forskjellige måter. Det er ved fusjon, ved opprettelse av et holdingselskap eller datterselskap, eller ved omdanning. Disse stiftelsesmåtene er uttømmende.

Et SE-selskap må ha en grenseoverskridende karakter. Selskapet må ha virksomhet i eller tilknytning til to eller flere EØS-stater. Selskapsformen europeisk selskap er gitt for å lette selskapers muligheter til å drive virksomhet i mer enn en medlemsstat. To norske allmennaksjeselskaper med virksomhet i Norge kan derfor ikke danne et SE-selskap. Men et norsk allmennaksjeselskap med et datterselskap i et annet EØS-land, kan danne et SE-selskap.

2.4.1 Stiftelse ved fusjon

Som nevnt tidligere, muliggjør stiftelse av et SE-selskap fusjon tvers over landegrense. Dette er noe nytt i europeisk selskapsrett. Tidligere har samarbeid på tvers av landegrense ofte vært etablert som konsernstruktur med et overordnet holdingselskap i et land og datterselskaper i et eller flere andre land. SE-forordningen gjelder kun fusjon av allmennaksjeselskaper oppført i vedlegg I som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, jf. Art. 2 nr. 1. Reglene gjelder ikke for aksjeselskaper eller tilsvarende selskaper i andre land. Men det arbeides med å vedta det 10. direktivutkast som også vil gi nasjonale aksjeselskaper adgang til å fusjonere over landegrense.

To eller flere allmennaksjeselskaper som hører under minst to forskjellige medlemsstaters lovgivning, kan fusjonere og danne et SE-selskap, jf. Art. 17 i forordningen jf. Art. 2 nr. 1. Fusjon kan gjennomføres ved at det ene selskapet overtar det andre (fusjon ved opptak), jf.

Art. 17 nr. 2 a. Det overtakende selskap blir da et SE-selskap, mens det overdragende selskap oppløses og dets virksomhet blir drevet av en filial under det nye SE-selskapet. Det overtakende selskap overtar det overdragende selskaps aktiva og passiva, og aksjeeiere i det overdragende får aksjer i det overtakende selskap som vederlag, jf. Art. 29 nr. 1.

Fusjon kan også gjennomføres ved at det stiftes et nytt selskap (fusjon ved nystiftelse), jf. Art 17 nr. 2 b. De selskaper som fusjonerer overdrar sine aktiva og passiva til det nye selskapet som blir et SE-selskap, samtidig som de fusjonerende selskapene opphører. Aksjeeierne i de fusjonerende selskapene blir aksjeeiere i det nye SE-selskapet, jf. Art. 29 nr. 2.

Fusjonsprosessen er regulert i forordningens Art. 17-31. Men for forhold som ikke er regulert i forordningen, skal hvert selskap som deltar i stiftelsen av et SE-selskap ved fusjon, være regulert av de nasjonale regler om fusjon av allmennaksjeselskaper, jf. Art. 18. Allmennaksjeloven kapittel 13 om fusjon vil dermed gjelde for et norsk selskap som deltar i fusjonen, jf. SE-loven § 5.

2.4.2 Stiftelse av et SE-holdingselskap

Et SE-selskap kan også etableres som et holdingselskap, jf. Art. 2 nr. 2. For å stifte et SE-holdingselskap må minst to av de initiativtakende selskaper høre under to forskjellige medlemsstaters lovgivning eller i minst to år har hatt et datterselskap eller filial i en annen medlemsstat. Vilkårene er alternative. Både allmennaksjeselskaper og aksjeselskaper kan delta i etableringen av holdingselskapet. Aksjeeierne i de initiativtakende selskaper skyter sine aksjer inn i det nye holdingselskap mot vederlag i aksjer i holdingselskapet. De initiativtakende selskap fortsetter å eksistere etter etableringen av SE-holdingselskap, jf. Art. 32 nr. 1.

Holdingselskapet må ha minst 50 % av stemmene i hvert av datterselskapene, jf. Art. 32 nr. 2. At det ikke kreves 100 %, er en følge av at aksjonærene ikke kan tvinges til å bli aksjonærer i det nye SE-holdingselskap.

2.4.3 Stiftelse av et SE-datterselskap

Reglene om stiftelse av et SE-datterselskap følger av forordningens Art. 2 nr. 3, Art. 35 og Art. 36. Alle selskapstyper som er omfattet i EF-traktatens Art. 48 (2) og andre offentlige eller privatrettslige rettssubjekter som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, kan stifte datterselskap, jf. Art. 2 nr. 3. Minst to av selskapene som skal stifte et SE-datterselskap, må høre under forskjellige medlemsstaters lovgivning eller ha et datterselskap som hører under en annen medlemsstats lovgivning eller en filial i en annen medlemsstat, jf. Art. 2 nr. 3 a og b. Det er kun det nye datterselskapet som vil bli et SE-selskap, mens morselskapene fortsatt vil ha de samme selskapsformer som tidligere.

Et SE-datterselskap kan også stiftes av et eksisterende SE-selskap, jf. Art. 3 nr. 2.

2.4.4 Omdannelse av allmennaksjeselskap til SE-selskap

Et allmennaksjeselskap kan omdannes til et SE-selskap ved at det eksisterende allmennaksjeselskap i minst to år har hatt et datterselskap i en annen medlemsstat, jf. Art. 2 nr. 4. Etter omdanningen blir morselskapet et SE-selskap, mens det utenlandske datterselskapet fortsatt vil være et datterselskap.

Omdanning er nærmere regulert i Art. 37. Beslutningen skal treffes av generalforsamlingen og være gjennomført i en medlemsstat før selskapet kan flytte til en annen medlemsstat. Det skal utarbeides en plan for omdanningen og en rapport.

2.5 Flytting av et SE-selskap

Det som er nytt med SE-selskap i tillegg til fusjon over landegrense, er at et SE-selskap kan flytte hovedkontor og forretningskontor til en annen medlemsstat uten å gå veien om oppløsning i den opprinnelige staten og nystiftelse i den nye staten, jf. Art. 8 nr. 1. I motsetningen til et norsk allmennaksjeselskap som ønsker å flytte virksomhetens sete til en

annen stat, må det først oppløses, likvideres og slettes i Norge etter norsk lovgivning, for så å nyetablere seg etter lovgivning i den nye staten.

Flytting av et SE-selskap har mye likhet med fusjon. Et SE-selskap fortsetter å være en juridisk person og er det samme selskapet også etter flyttingen.⁶ Reglene i allmennaksjeloven §§ 13-14 til 13-17 om fusjon kommer derfor til anvendelse, jf. SE-loven § 7 (2) 1. pkt. SE-forordningen har også regler om flyttingsprosessen i Art. 8 nr. 2-13. Ledelsesorganet skal utarbeide en flytteplan og en rapport som begrunner og belyser forskjellige sider ved flyttingen. Medlemsstater kan gi særskilte bestemmelser som ivaretar mindretallsaksjeeieres interesser, jf. Art. 8 nr. 5. Norske lovgivere har valgt å ikke gi slike særskilte regler, jf. Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 4.1. Beslutningen om flytting skal tas av generalforsamlingen med et to tredjedels flertall av avgitte stemmer, jf. Art. 8 nr. 6 jf. Art. 59.

Kompetent myndighet i medlemsstaten må utstede en attest som bekrefter fullføringen av alt arbeid med dokumenter og formaliteter før flyttingen, jf. Art. 8 nr. 8. For norske SE-selskaper som ønsker å flytte til en annen EØS-stat, er det Foretaksregisteret som skal utstede attesten, jf. SE-loven § 7 (3).

Som ved stiftelse av SE-selskap, må også hovedkontoret og forretningskontoret være i samme medlemsstat etter flyttingen, jf. Art. 7. Flytter et SE-selskap dets formelt registrerte kontor til en annen medlemsstat, må det også flytte den faktiske ledelse til tilflyttingsstaten. Er ikke dette kravet oppfylt, eller det ikke er blitt avhjulpet etter Art. 64 nr. 1, kommer sanksjonsreglen i Art. 64 nr. 2 inn. Selskapet blir da tvangsavviklet.

⁶ Se Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 5.3.1.

3 Skatterettslige sider ved et SE-selskap

3.1 Innledning

I fortalet til SE-forordningen nr. 20 sies at forordningen ikke omfatter områder som beskatning, konkurranse, immaterialrett eller insolvens. Nasjonale regler får derfor anvendelse på disse områdene. Dette innebærer at norske skatteregler og skatteavtaler vil få anvendelse på et norsk SE-selskap ved skattespørsmål.

EU-kommisjonen fremsatte som nevnt det første forslaget til SE-forordningen allerede i 1970. Dette forslaget inneholdt 284 artikler og hadde til hensikt å regulere alle forhold vedrørende SE-selskapets etablering og virke, også beskatningsspørsmål. Forslaget ble revidert i 1975, 1989 og 1991. Det ble ikke oppnådd noe enighet om beskatningsspørsmålene, så den vedtatte SE-forordningen har ingen bestemmelser om beskatning, jf. ovenfor. Fellesbeskatningsregler er problematisk fordi det innebærer at medlemsstatene må delvis oppgi sin skattemessige suverenitet. Det er ikke tvil om at EUs ønske om et indre marked vil bli bedre gjennomført med felles beskatningsregler. Denne problemstilling gjelder ikke bare for SE-selskaper, men er generell for selskaper som driver grenseoverskridende virksomheter.

I mangel av felles beskatningsregler og regulering i forordningen, er de skattemessige problemstillingene vedrørende SE-selskap altså henvist til de nasjonale skattereglene. Det betyr at et SE-selskap som er etablert i en EØS-stat, må forholde seg til den stats skatteregler. I praksis vil det si at det finnes 28 sett med skatteregler for SE-selskap. Har et SE-selskap fast driftssted i en annen stat, må det i tillegg til skattereglene i hjemstaten også forholde seg til skattereglene i staten der fast driftssted ligger.

Skattemessige problemer angående SE-selskap vil, i likhet med nasjonale allmennaksjeselskaper, kunne oppstå ved stiftelse, drift av selskapet og ved opphør av selskapet. Det vil også kunne oppstå skattemessige problemer når SE-selskap flytter sitt forretningskontor til en annen EØS-stat. Nedenfor skal jeg hovedsakelig se på de skattemessige problemer som oppstår ved stiftelse og flytting av et SE-selskap.

3.2 Skatterettslige spørsmål ved stiftelse av et SE-selskap

Det er som nevnt fire måter å stifte et SE-selskap på. De skatterettslige spørsmål som reiser seg, er ikke ulike de som oppstår ved stiftelse av et allmennaksjeselskap. Forskjellen er at et SE-selskap har et grenseoverskridende element i seg. De skattemessige konsekvensene ved hver av stiftelsesmåtene vil bli behandlet nedenfor.

3.2.1 Stiftelse ved fusjon

SE-forordningen muliggjør grenseoverskridende fusjon som tidligere ikke var selskapsrettslig mulig i de fleste medlemslandene. Hvis skattereglene gjør det vanskelig eller uforholdmessig kostbar å utføre fusjon, så vil det bli mindre attraktivt å bruke SE-selskap som en selskapsform.

EUs fusjonsdirektiv av 23. juli 1990 90/434 som er vedtatt av alle EU-medlemslandene, regulerer skattemessige forhold ved fusjoner, fisjoner og overføring av eiendeler og ombytting av aksjer. EU-statene er forpliktet til å implementere direktivet i sin interne rett. Direktivet danner grunnlag for skattemessig nøytralitet, og er basert på et kontinuitetsprinsipp. Det grenseoverskridende element ved SE-fusjonen gjør at den faller inn under fusjonsdirektivet, jf. fusjonsdirektivet Art 1. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, og Norge har derfor ikke implementert tilsvarende regler i sin skattelovgivning. Men det kan spørres om hensyn til regelharmonisering kan gjøre at fusjonsdirektivets regler vil ha virkning for norske skatteregler. Se pkt. 3.2.1.5 nedenfor.

Etter norsk rett kan fusjon gjennomføres på visse vilkår uten at det utløser noen skattekonsekvenser for selskapene eller aksjonærene, jf. sktl. § 11-1 flg. Dette gjelder kun norskregistrerte selskaper og selskaper stiftet i utlandet med alminnelig skatteplikt til Norge etter sktl. § 2-2. Utenlandske selskaper med begrenset skatteplikt til Norge omfattes ikke av reglene om skattefri fusjon.⁷ Selskaper med begrenset skatteplikt har en løsere tilknytning til Norge enn selskaper som anses hjemmehørende her. Dette innebærer at likestilling av utenlandsk selskap med fast driftssted i Norge med selskaper hjemmehørende i Norge i denne sammenheng gir større fare for tap av skattefundamenter enn det å likestille utenlandske selskaper hjemmehørende i Norge med norskregistrerte selskaper. Lovgiverne anser at det ikke er i strid med skatteavtalenes forbud mot diskriminering av fast driftssted/filial av utenlandsk selskap i Norge, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 63.

3.2.1.1 Fusjon hvor det norske selskapet er overdragende

3.2.1.1.1 Skattelemping etter sktl. § 11-22

Når et norsk selskap fusjonerer med et utenlandsk selskap, og det utenlandske selskapet er det overtakende, vil det i utgangspunktet utløse skatteplikt både for selskapet og aksjeeiere. Eiendeler og forpliktelser i det norske selskapet blir overført til det utenlandske selskapet mot at aksjeeiere i det norske selskapet mottar vederlagsaksjer i det utenlandske selskapet. Det skjer en aksjeombyting, og aksjeeiere anses å ha realisert sine aksjer i det overdragende selskapet. For aksjeeiere som er aksjeselskap eller allmennaksjeselskap utløser aksjerealisasjonen i utgangspunktet ikke noen skattekonsekvenser på grunn av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 (1) bokstav a. Gevinsten er da skattefri. Men for fysiske aksjeeiere og selskapet, vil gevinstbeskatningen kommer inn. En slik løsning kan være uheldig, for skatteleggingen kan hindre at rasjonelle og samfunnsmessig ønskelige endringer i organisasjonen blir gjennomført. Finansdepartementet har i St.meld. nr. 16 (1997-1998) kap. 6.2.7.1 uttalt at "norske skatteregler bør i så fall heller ikke forhindre

⁷ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 64 flg.

slike omorganiseringer som samfunnsmessig sett er hensiktsmessig og ønskelige”. Derfor gir sktl. § 11-22 selskapet en adgang til å søke Finansdepartementet om skattefritak ved grenseoverskridende fusjon. Det gjelder både på selskapsnivå og eiernivå. Sktl. § 11-22 gir ikke skattefritak i ordets egentlige forstand. I praksis gis det ikke endelig skattefritak, men en skatteutsettelse.⁸ Skatteplikten skyves til senere transaksjoner, for eksempel ved realisasjon av vederlagsaksjer.

I Norge vil en skattefri etablering av et SE-selskap ved fusjon, hvor det norske selskapet er overdragende, være avhengig av samtykke fra Finansdepartementet. I 2002 var det 23 saker som gjaldt transaksjoner med virkning over landegrensene, og 21 av dem ble innvilget. 8 av sakene gjaldt konserndannelse i utlandet ved bytte av aksjer i selskap hjemmehørende i Norge mot aksjer i selskap hjemmehørende i utlandet. Alle sakene ble innvilget.

Transaksjoner ved aksjeombyttingen er ganske lik de som skjer ved en SE-fusjon.

Grenseoverskridende fusjon var selskapsrettslig ikke mulig før, så grenseoverskridende virksomhet ble ofte organisert som konsern i stedet. 10 saker gjaldt fusjon eller fisjon mellom utenlandske selskaper med norske aksjeeierinteresser. 9 av sakene ble innvilget, mens i den siste saken var det søkt for sent. I 2003 var tallet 15 for transaksjoner med virkning over landegrensene og 8 av dem ble innvilget. To av dem gjaldt konserndannelse i utlandet og begge ble innvilget. Fire saker gjaldt fusjon og fisjon i utenlandske selskaper, og tre av dem ble innvilget. Dette viser at Finansdepartementet i stor grad samtykker til skattefritak etter § 11-22 for grenseoverskridende transaksjoner.

Et vilkår som § 11-22 stiller er at den grenseoverskridende fusjon må være ”ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv”, jf. sktl. § 11-22 (1). Rasjonaliserings- og effektivitetshensyn vurderes konkret, og det må kunne dokumenteres. De tilsiktede effekter må i utgangspunktet knytte seg til virksomhet som drives i Norge eller virksomhet som på annet grunnlag er skattepliktig til Norge. Men for norske aksjeeiere i utenlandske selskaper som fusjonerer, har vilkåret vært praktisert mer liberalt. Slik ombyggingen av aksjer vil sjelden ha rasjonaliseringseffekter for

⁸ Se Ot.prp. nr. 1 (2003-2004) kap. 21.1.

virksomhet drevet i eller skattepliktig til Norge. Finansdepartementet uttalte i St.meld. nr. 16 (1997-1998) at kravet til effektiviserings- og rasjonaliseringseffekt neppe burde tillegges avgjørende vekt ved vurdering av søknader om skattelempning for norske aksjeeiere i utenlandske selskaper som sammensluttet eller deles. En slik lempelig praksis har også vært lagt til grunn ved fusjonsliknende transaksjoner mellom selskaper i ulike land, blant annet overføring av aksjer i norske selskaper til utenlandske selskaper mot vederlagsaksjer.

Fritak kan ”bare gis når omstendighetene i særlig grad taler for det, og det er påtakelig at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen”, jf. sktl. § 11-22 (2). Omorganiseringen må ikke gjennomføres før det er søkt om skattefritak. Skattelempingen må være en forutsetning for at transaksjonen vil bli gjennomført. Hvis de faktiske forhold tilsier at omorganiseringen ville ha blitt gjennomført uansett om skattefritak gis eller ikke, så er det ikke påtakelig at en utsettelse av beskatningen ville lette omorganiseringen. I slike tilfeller vil søknader blir avslått med den begrunnelse at det er søkt for sent. Det er altså ikke alltid tilstrekkelig å søke før gjennomføringen hvis transaksjonen blir gjennomført før man får svar fra Finansdepartementet.

Finansdepartementet kan også stille vilkår for skattefritak, jf. sktl. § 11-2 (3). Vilkårene skal ivareta hensyn til det norske skattefundamentet og sikre kontinuitet i norske beskatningsretten. Et vanlig vilkår som Finansdepartementet stiller, er at aksjonærenes inngangsverdi på de opprinnelige aksjer overføres til vederlagsaksjene, jf. Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) kap. 29.5.2.2. Kontinuitet på selskapsnivå og aksjeeiernivå sikrer at gevinsten ikke blir skattefri. Kontinuitetsprinsippet gjelder også ved nasjonale fusjoner, jf. sktl. § 11-7.

For å sikre det norske skattefundamentet kan Finansdepartementet sette vilkår om at gevinst ved senere realisasjon av vederlagsaksjene er skattepliktig til Norge uten fradrag

for eventuell skatt som erlegges i utlandet.⁹ Vilkåret sørger for at gevinsten kommer til beskatning til Norge.

Andre vilkår som Finansdepartementet setter, er at gevinsten som etableres i forbindelse med fusjonen skal komme til beskatning dersom den norske filialen blir solgt videre ved senere anledning.¹⁰ Styret i det overtakende selskapet må i slike tilfeller avgi erklæring overfor Finansdepartementet om at styret forplikter seg til å informere departementet dersom selskapstilknytning planlegges brutt. Etter skatteleggingen vil selskapet kunne foreta en oppskrivning av aksjenes inngangsverdi for å unngå dobbelbeskatning.

Et annet vilkår som Finansdepartementet setter, er at vederlagsaksjene skal anses realisert for aksjeeiere som skal ta fast opphold i utlandet, jf. lignl. § 4-7 nr. 9 og nr. 10 som skal gjelde tilsvarende. Dette er for å hindre at gevinsten blir endelig skattefri. Aksjeeiere som realiserer vederlagsaksjene etter flyttingen, vil bare ha begrenset skatteplikt til norske skattemyndigheter, jf. sktl. § 2-3 (3). Denne beskatningsretten vil ofte være avskåret i skatteavtaler. Kontrollmulighetene vil også være ytterligere begrenset. Dette taler for at vilkåret settes for å sikre at norsk skattefundamentet ikke uttynnes.

En samtykkeadgang som den etter sktl. § 11-22 har en del negative sider. Kravet om søknad gir dårlig forutberegnelighet for selskaper som ønsker å gjennomføre en omlegging eller omorganisering. Selskapene kan ikke gjennomføre omorganisering før søknaden er behandlet av Finansdepartementet, fordi det er snakk om store verdier og skattelempling er en forutsetning for omorganiseringen. I slike tilfeller er forutberegnelighet spesielt viktig. Selskapene vil kanskje la være å gjennomføre en samfunnsmessig ønskelig fusjon, fordi saksbehandlingen blir for tyngende. En annen ting er at individuell behandling av søknader er ressurs- og tidkrevende. Selv kurante og hensiktsmessige saker må gjennom en vurdering. Finansdepartementet har i sin tidligere årlige redegjørelse om departementets

⁹ Se Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) kap. 29.5.2.2.

¹⁰ Se Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) kap. 29.5.2.2.

praksis av § 11-22 uttrykt et ønske om lovregulering av fritakspraksis.¹¹ Men grunnlag for dette arbeidet er nå dels blitt endret som følge av innføring av fritaksmetoden, jf. Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) kap. 29.6.

For å bringe litt mer klarhet i rettstilstanden ved fusjon, har jeg vært i kontakt med Finansdepartementets skattelovavdeling. På grunn av nasjonale skattereformer som gjennomføres i disse dager, har Finansdepartementet ikke prioritert å utrede SE-forordningen og skatterettslige følge av den. Finansdepartementet var derfor veldig vag i sine kommentarer. Men de uttrykte at samtykkereglen i sktl. § 11-22 fremdeles er anvendelig og at det i stor grad vil bli gitt samtykke til skattefritak ved SE-fusjoner. Forutsetningen er at det stilles vilkår for å sikre det norske skattefundamentet. Finansdepartementets praksis utvikler seg gjennom søknadsbehandling av innkomne søknader. Det er pr. dags dato kun vært en søknad om skattefritak ved SE-fusjon, og den ble innvilget. Det ble stilt de vanlige vilkår, blant annet om skattemessig kontinuitet.

Det som er beskrevet ovenfor er gjeldende rett for skattemessig behandling av en SE-fusjon. Det skal så gis en vurdering av Finansdepartementets samtykkepraksis nedenfor.

3.2.1.1.2 SE-forordningens påvirkning på praksis etter sktl. § 11-22

Det kan spørres om den nye SE-forordningen vil påvirke Finansdepartementets vurdering ved avgjørelse av om skattefritak skal gis eller ikke. I utgangspunktet regulerer SE-forordningen ikke skatterettens område, jf. fortalet til forordningen nr. 20, og norsk praksis er derfor ikke i strid med SE-forordningen. Medlemsstatene skal anvende sine nasjonale skatteregler ved stiftelse av SE-selskaper. Men det betyr ikke at man skal se helt bort fra forordningen ved skatterettslige vurderinger. Selskapslovgivning og skattelovgivning er rettsområder som ligger veldig nær hverandre. Formålet med SE-selskap er å styrke grenseoverskridende virksomheters mobilitet. Et slikt formål er også tilsiktet i EØS-avtalen, jf. de fire friheter, som Norge er forpliktet til å følge gjennom EØS-loven. Når

¹¹ Se Ot.prp. nr. 1 (2002-2003) kap. 21.6.

forordningen gir adgang til grenseoverskridende fusjon, så bør ikke skattereglene sette restriksjoner mot gjennomføringen. SE-forordningen er et resultat av samarbeid mellom landene i EØS-området, og den internasjonale karakteren gir den en viss tyngde. SE-forordningen er også gjort til norsk intern rett, og norske myndigheter bør derfor ta den med i betraktning ved sin skjønnsutøvelse. I Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) kap. 17.6.3 uttaler Finansdepartementet at en harmonisering med de regler som gjelder ellers i Europa, bør tilsiktes. I EU-landene gir fusjonsdirektivet de fusjonerende selskapene skattemessig nøytralitet ved grenseoverskridende fusjon, jf. Art. 4 nr. 1. I EFTA-landene, dvs. Norge, Island og Liechtenstein, finnes det ikke noen tilsvarende regler. Selv om direktivet ikke gjelder for Norge, kan det ha betydning. Harmonisering av reglene er et hensyn som departementet bør ta med i sin vurdering.

Fortalen til forordningen nr. 5 sier at diskriminering som følge av urettmessig forskjellsbehandling av SE-selskaper sammenlignet med allmennaksjeselskaper, ikke skal skje. Det skal heller ikke være uforholdsmessige restriksjoner på stiftelse av et SE-selskap. For å sikre dette, skal SE-selskap behandles som et allmennaksjeselskap, jf. forordningen Art. 10. Reglene i nasjonale lovgivning som gjelder allmennaksjeselskaper, skal også komme til anvendelse på SE-selskaper, jf. Art. 9 nr. 1 c ii) og SE-loven § 2 (1) 2. pkt. Dette mener Erik Werlauff også må antas å gjelde beskatning av SE-selskap, selv om SE-forordningen ellers ikke regulerer skatteretten.¹² SE-selskap skal behandles skattemessig som et allmennaksjeselskap. Men enkelte forfattere mener at diskrimineringsbestemmelse i fortalen nr. 5 ikke gjelder beskatningsretten, jf. Marjaana Helminen, *The tax treatment of the running of an SE*, pkt. 2.4. Helminen mener at hjemmelen for ikke-diskriminering må finnes i det generelle diskrimineringsforbudet i EF-traktatens Art. 12 og bestemmelsene om de fire friheter. Også ordlyden i diskrimineringsbestemmelsen i fortalen nr. 5 støtter en slik tolkning, jf. ”bestemmelsene som får anvendelse på europeiske selskaper etter denne forordning...”. Med ”denne forordning” siktes det til SE-forordningen, og forordningen regulerer ikke skatteretten, jf. fortalen nr. 20. Dette er et moment som svekker

¹² Se Werlauff. *SE - The Law of the European Company*, s 178.

forordningens betydning på skatterettens område. Men jeg er mer enig med Werlauff, og mener at ikk-diskrimineringsbestemmelse i fortalen nr. 5 også gjelder for skatteretten.

Norske allmennaksjeselskaper er ved fusjon med utenlandske selskaper som nevnt henvist til sktl. § 11-22 om å søke Finansdepartementets samtykke for å få skattefritak. Dette gjelder også ved stiftelse av et SE-selskap, jf. ovenfor. Hvis Finansdepartementet gjør de samme vurderingene som de gjør når et allmennaksjeselskap som er overdragende selskap i en internasjonal fusjon søker om skattelemping, og de ikke tar utenforliggende hensyn, taler det for at det ikke foreligger en forskjellsbehandling. Selskaper som deltar i SE-fusjonen blir behandlet på samme måte som allmennaksjeselskaper. Men likebehandlingen av selskapene betyr ikke at det ikke kan foreligge en restriksjon. Det kan tenkes at norsk samtykkepraksis generelt er i strid med diskrimineringsbestemmelsen i EØS-avtalen. Denne problemstilling blir tatt opp nedenfor.

Hensyn til harmonisering mellom SE-forordningen og samtykkepraksis etter sktl. § 11-22 er etter det som er sagt ovenfor viktig. Finansdepartementet bør være lempeligere med kravet om rasjonalisering og effektivisering ved sin vurdering, og tolke regelen slik at resultatet er i samsvar med SE-forordningen. Samtykkenektelse vil gjøre etablering av SE-selskap mindre attraktiv og dermed undergrave SE-forordningen. Jeg er etter det som er sagt ovenfor kommet til den konklusjon at SE-forordningen har betydning for Finansdepartementets dispensasjonspraksis etter sktl. § 11-22.

3.2.1.1.3 Forhold mellom sktl. § 11-22 og bestemmelser i EØS-avtalen om de fire friheter

Det neste spørsmål er om Finansdepartementets praksis med skattefritak etter sktl. § 11-22 er i strid med EØS-avtalens generelle diskrimineringsforbudsbestemmelse og bestemmelser om de fire friheter når det anvendes ved stiftelse av SE-selskaper. Norge er forpliktet etter EØS-avtalen som er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109. EØS-avtalens hoveddel har reglene om de fire friheter, som er retten til fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer. Disse bestemmelsene har til formål å legge til rette for

handel og økonomiske forbindelser over landegrensene innad i EØS-området, jf. EØS-avtalen Art. 1. § 2 i EØS-loven sier at bestemmelsene om de fire friheter skal ha forrang fremfor andre lovbestemmelser som regulerer samme forhold.

I Art. 4 er det en generell diskrimineringsforbudsbestemmelse. Den sier at ”enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde”. Men bestemmelsen har sjelden selvstendig betydning ved siden av forbudsbestemmelsene på området for de fire friheter, jf. EØS-avtalen Art. 11, Art. 28, Art. 36, Art. 40 og Art. 31. Det generelle diskrimineringsforbudet er mer som et supplement til disse bestemmelsene. EØS-avtalen gir ikke noen positiv oppregning av hvilke nasjonale rettsområder som faller innenfor de fire frihetene. I utgangspunktet er det slik at alle nasjonale rettsområder faller innenfor traktatbestemmelsenes anvendelsesområde, med mindre noe annet er særskilt bestemt. Det betyr at reglene om de fire friheter også kommer til anvendelse på skatterettens område. Rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen støtter også dette.¹³ Selv om området for beskatningsretten faller inn under anvendelsesområdet for de fire friheter, har EØS-statene likevel bevart store deler av sin kompetanse til å utforme nasjonal lovgivning på rettsområdet. Skattepolitikk faller i utgangspunktet utenfor EØS-avtalen, jf. St.prp. nr. 100 (1991-1992) kap. 10.3.4 ”EØS-avtalen omfatter ikke felles skatte- og avgiftspolitik”.

EØS-statenes nasjonale skatteregler er ikke harmonisert. Det er derfor til dels store forskjeller. Forskjellen mellom skattesystemene kan i seg selv virke hindrende på økonomisk aktivitet over landegrense. For eksempel vil avslag på søknad etter sktl. § 11-22 stille norske selskaper som ønsker å danne SE-selskaper dårligere enn selskaper i andre EU-stater som anvender fusjonsdirektivet. Fusjonsdirektivets regler som gjelder for EU-stater, gjør at det ikke vil utløse beskatning av det overdragende selskap hvis det overtakende selskap fortsetter med skattemessig kontinuitet og det opprettholdes et fast driftssted. Etter EF-domstolens generelle praksis, retter verken ikke-diskrimineringsbestemmelse i Art. 4 eller forbudsbestemmelsene på området for de fire

¹³ Sak 270/83, *Avoir fiscal*, sak 81/87 *Daily Mail* og sak E-1/04, *Fokus*.

friheter seg mot forskjellsbehandling eller skjevheter forårsaket av eksisterende forskjeller mellom medlemsstatenes lovgivning, jf. sak 14/68 *Wilhelm*, de forente saker 185/78 TIL 204/78 *van Dam en Zonen* og sak C-336/96 *Gilly*. De to første avgjørelsene er avsagt på andre rettsområder enn skatteretten, men de sier hvordan det generelle diskrimineringsforbudet i Art. 4 skal tolkes. I saken *van Dam en Zonen* var et tjuetalls nederlandske fiskere tiltalt for overtredelse av fangstkvotebestemmelser. Fiskerne anførte at andre medlemsstater anvendte mindre strenge bestemmelser på det geografiske område fangstkvotebestemmelsene gjaldt for. EF-domstolen kom til at nasjonale regler ikke kunne anses å være i strid med forbudet mot forskjellsbehandling med den begrunnelse at andre medlemsstater angivelig anvendte mindre strenge bestemmelser, dersom reglene for øvrig ikke var i strid med fellesskapsretten. I *Gilly*-saken som gjaldt på skatterettens område, fikk fru Gilly ikke full kreditfradrag for en kildeskatt som er betalt i Tyskland ved beskatningen i Frankrike. Dette fordi skattesatsene var sterkere progressive i Tyskland enn i Frankrike. EF-domstolen kom til at statenes forskjellige skattesatser i seg selv ikke rammes av reglene om de grunnleggende friheter.

Det kan spørres om Finansdepartementets praksis med samtykke etter sktl. § 11-22 kan ha sidevirkninger som kan rammes av forbudsbestemmelser på området for de fire friheter. Den mest interessante bestemmelsen i dette tilfelle er etableringsretten i EØS-avtalen Art. 31 (1). Bestemmelsen sier at det ikke skal være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EØS-medlemsstater på en annen av disse staters territorium. Juridisk personer kan også påberope seg reglene om etableringsretten, jf. Art. 34 (1). Norske selskaper som fusjonerer med selskaper hjemmehørende i Norge, vil kunne foreta en skattefri fusjon etter sktl. §§ 11-1 flg. Hvis etablering av et SE-selskap ved fusjon vil utløse beskatning av det norsk overdragende selskap, kan det tenkes at det foreligger en restriksjon etter etableringsretten. Det vil foreligge en destinasjonsbestemt forskjellsbehandling, dvs. en EØS-stat forskjellsbehandler egne statsborgere og nasjonale foretak som har og som ikke har benyttet seg av traktatfrihetene.¹⁴ Hjemmehørende selskaper som benytter seg av sin frihet til å etablere seg i utlandet blir behandlet mindre

¹⁴ Se Andreas Bullen, *EU, EØS og skatt*, kap. 10.1.

gunstig enn hjemmehørende selskaper som ikke benytte seg av denne friheten. Grunnlaget for forskjellsbehandlingen er her destinasjonen for skattyters økonomiske aktiviteter, ikke skattyters opprinnelse. Et eksempel fra EF-domstolens avgjørelser er sak C-268/03 *De Baeck*. Saken er at De Baeck, som er hjemmehørende i Belgia, overdro selskapsandeler til et fransk selskap. Han måtte betale en skatt som ikke ville ha påløpt dersom erverver var et hjemmehørende selskap. Den belgiske skatteregelen gjorde overdragelsen av aksjer til ikke-hjemmehørende personer mindre attraktiv, hvilket skapte risiko for at erververens etableringsrett ble begrenset. Domstolen kom til at slike forskjellsbehandlinger utgjør en restriksjon for etableringsretten.

Finansdepartementets nektelse av skattefritak etter sktl. § 11-22 kan derfor tenkes å rammes av bestemmelsen i Art. 31 om etableringsretten. Sammenligningsgrunnlaget for vurdering av om en skattyter utsettes for forskjellsbehandling er hvorledes andre skatteyttere i samme situasjon, bortsett fra tilknytningen til beskatningsstaten, blir behandlet. Ved nasjonale fusjon oppstiller det ikke noen krav til rasjonalisering og effektivisering som i sktl. § 11-22 (1), jf. sktl. § 11-2. Det stilles heller ikke noen krav om at det må være påtakelig at skattelemping vil lette omorganiseringen. Det kan virke som at § 11-22 stiller strengere vilkår til en SE-fusjon enn ved rent nasjonale fusjon. Transaksjoner som gjennomføres ved en nasjonal fusjon og en grenseoverskridende fusjon er de samme. Aksjeeiere i det overdragende selskap overfører sine aksjer til det overtakende selskap mot vederlagsaksjer i det sistnevnte selskapet. Den eneste forskjellen er at transaksjon ved SE-fusjon har et grenseoverskridende element. En annen ting er at skattyter ved SE-fusjon må søke for å få skattefritak. Dette gir skattyteren en dårligere forutberegnelighet enn skattytere som deltar i en nasjonal fusjon. Er vilkårene i sktl. § 11-2 oppfylt, så er fusjonen skattefri ved nasjonal fusjon. Her er det ikke krav om søknad eller skjønnsutøvelse. Det som er sagt foran gjør at mye taler for at det foreligger en forskjellsbehandling som utgjør en restriksjon for etableringsretten. Selve søknadsprosedyren er i seg selv ikke en restriksjon. Restriksjon foreligger kun når Finansdepartementet avslår søknaden om skattefritak for det overdragende norske selskap. For å ikke komme i strid med etableringsretten i EØS-avtalen og Norges forpliktelse etter

avtalen, kan Finansdepartementet oppfatte det som en plikt til å innvilge søknad om skattefritak ved SE-fusjoner.

3.2.1.2 Fusjon hvor det norske selskap er overtakende

En SE-fusjon mellom et norsk selskap og et utenlandsk selskap hvor det overdragende selskap er utenlandsk og det norske selskapet blir et SE-selskap, utløser ikke beskatning av det norske selskapet. Selskapet fortsetter som en juridisk person, og er skattepliktig til Norge. Det norske skattefundamentet blir ikke svekket.

For eventuelle norske aksjeeiere i det overdragende utenlandske selskapet, vil en fusjon anses som en realisasjon. Aksjeeier må søke etter skattefritak etter sktl. § 11-22.

Aksjeombytting fra aksjer i et utenlandsk selskap til et norsk SE-selskap vil styrke det norske skattefundamentet. Norske skattemyndigheter vil ha større kontrollmuligheter overfor et norsk selskap enn et utenlandsk selskap. Dette vil tale for at skattelempingen godtas. Som nevnt tidligere, er praksisen på ombytting av aksjer i utenlandske selskaper for norske aksjeeiere ganske liberal, og samtykke gis på de fleste søknadene. Jeg kan ikke se at det skal være noe annerledes ved stiftelse av SE-selskaper.

3.2.1.3 Fusjon ved nystiftelse

Fusjon ved nystiftelse av et SE-selskap betyr at både det norske og det utenlandske selskap er overdragende selskaper, og begge må oppløses etter fusjonen. Det dannes et nytt SE-selskap som overtar aktiva og passiva til de overdragende selskapene. Det skjer en realisasjon for det norske selskapet. Dette gjelder selv om det nye SE-selskapet skal stiftes i Norge. For at transaksjonen skal kunne gjennomføres uten skattekonskvenser, må det norske selskapet derfor søke om skattefritak etter sktl. § 11-22.

Fusjon ved opptak utløser ikke noen skattekonskvenser for det norske selskap når det er det overtakende selskap. SE-forordningen likestiller fusjon ved opptak og fusjon ved nystiftelse, jf. Art. 17 nr. 2. Det vil derfor være urimelig at valg av fusjonsmåten vil føre til

forskjellige skattekonsekvenser for det norske selskapet. Dette taler for at Finansdepartementet ved avgjørelse av om skattefritak skal gis eller ikke, legger betydelig vekt på dette forholdet. Det norske selskapets eiendeler og forpliktelser blir videreført med skattemessig kontinuitet i det nye SE-selskapet, og det norske skattefundamentet blir ikke svekket. Skattefritak etter sktl. § 11-22 bør gis for det norske overdragende selskap. Det utenlandske selskapet vil ikke være skattepliktig til Norge fordi det ikke er hjemmehørende her.

Når det gjelder fusjon ved nystiftelse av et utenlandske SE-selskap, så må det norske selskapet og aksjeeiere i det utenlandske selskapet søke om skattefritak på samme måte som ved fusjon ved opptak.

3.2.1.4 Fusjonsdirektivet

Som nevnt tidligere, gjelder fusjonsdirektivet ikke for norske SE-selskaper eller for norske selskaper som planlegger å bli et SE-selskap. Men det er likevel av interesse å se på fusjonsdirektivets regler, for fusjonsdirektivet vil komme til anvendelse på norske datterselskaper i EU-land. Direktivet vil også komme til anvendelse på selskaper i EU-land som deltar i en SE-fusjon med norske selskaper. Det kan også tenkes at direktivet kan være en målestokk for hva skjønnet etter § 11-22 bør gå ut på. En harmonisering av norske skatteregler med fusjonsdirektivet kan være ønskelig. Skauge-utvalget har i NOU 2003:9 kap. 13.3.4 uttrykt et slikt syn, jf. ”Selv om Norge ikke er medlem av EU og fusjonsdirektivet ikke er en del av EØS-avtalen, mener utvalget at Norge bør innføre regler som er mest mulig like de reglene som i dag fremgår av fusjonsdirektivet, og som er innført i de enkelte EU-landene”. Også i Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) kap. 3.2 har høringsinstansen Finansnæringens Hovedorganisasjon uttrykt et tilsvarende ønske om harmonisering, jf. ”FNH vil understreke viktigheten av at norske myndigheter er aktive i oppfølgingen av det som skjer i EU på dette området. Dette gjelder ikke bare implementering av SE-forordningen nå, men også den norske tilpasningen til det beskatningsregimet som utvikles i EU for å sikre fusjon med skattemessig nøytralitet/kontinuitet. Siktemålet er at grensekryssende fusjoner skal kunne skje på samme skattemessige grunnlag som rent

nasjonale fusjoner.” Reglene i direktivet kan derfor også få betydning for Finansdepartementets vurdering av søknader etter sktl. § 11-22. En sammenligning av fusjonsdirektivet og Finansdepartementets praksis vil bli gitt i pkt. 3.2.1.5 nedenfor.

For å belyse fusjonsdirektivet benytter jeg følgende eksempel: Selskap A, det overtakende selskap, som følger lovgivningen i stat A, fusjonerer med selskap B, det overdragende selskap, som følger lovgivningen i stat B. Det nye SE-selskap blir etablert i stat A, mens det tidligere selskap B blir en filial eller et fast driftssted i stat B. Fast driftssted eller filial, dvs. at det overdragende selskap fortsetter som et fast driftssted til det overtakende selskap eller at verdiene blir tilknyttet et fast driftssted tilhørende det overtakende selskap, er en forutsetning for at det gis skattelempling etter fusjonsdirektivet, jf. Art. 4 nr. 1.¹⁵

Fusjonsdirektivet gir ikke noen endelig skattefrihet, men kun en skatteutsettelse. Art. 4 nr. 1 i fusjonsdirektivet sier at det ikke skal skje noe beskatning av forskjellen mellom det overdragende selskaps aktivas og passivas virkelige verdi og deres skattemessige verdi ved fusjonen. Det overdragende selskapets eiendeler og forpliktelser overføres til filialen eller det faste driftssted i stat B, og overføringen skjer med skattemessig kontinuitet. Fusjonen kan være skattefri fordi de overførte verdiene blir værende igjen i stat B i tilknytning til et fast driftssted. Filialen i stat B som oppfyller kravet om et fast driftssted, kan etter OECDs Mønsteravtalen Art. 7 nr. 1 og Art. 13 nr. 2 beskattes i stat B. Kravet om filial eller fast driftssted i stat B hvor det overdragende selskap var skattepliktig, er oppstilt for å sikre den enkelte stats skattefundament ved en slik omorganisering.

Kontinuitetsprinsippet gjelder tilsvarende for det overtakende selskap når det mottar de overførte verdiene fra det overdragende selskap, jf. Art 4 nr. 2. Det overtakende selskap skal beregne avskrivninger og skattemessig relevante verdistigninger eller verdifall på samme måte som det overdragende selskap skulle ha gjort hvis en fusjon ikke har funnet sted. Hvis det er ubeskattede midler i det overdragende selskap, overtas disse av det overtakende selskap uten at det utløses skatt, jf. Art. 5 og Art. 9. Alle skatteposisjonene går uberørt over til det overtakende selskap som fortsetter på samme betingelser som det

¹⁵ Se Clemens Philipp Schindler, *EU Report*, s. 60.

overdragende selskap har gjort. Hvis en medlemsstat ved en ren nasjonal fusjon tillater selskaper til å fremføre skattemessig underskudd, så skal staten også tillate dette ved en grenseoverskridende fusjon, jf. Art. 6. Filialen i stat B vil overta ikke fremførte underskudd av det overdragende selskap i stat B.

For aksjeeiere i selskap B gjelder det også et kontinuitetsprinsipp, jf. Art. 8 nr. 1. Ombytting av aksjer i det overdragende selskap til aksjer i det overtakende selskap skal ikke føre til noe beskatning. De mottatte aksjene i selskap A skal ha den samme skattemessige verdi som de overdratte aksjene i selskap B, jf. Art. 8 nr. 2. Denne verdsettelsesregel gjelder for aksjeeiere som er bosatt i stat B.

Kontinuitetsprinsippet skal i utgangspunktet også gjelde for det overtakende selskap hvis det overdragende selskap har en filial i stat C, jf. Art. 10 nr. 1, 3. pkt. Det overtakende selskap tar over aktiva og passiva til filialen til deres skattemessige verdi. Avskrivninger og skattemessig relevante verdistigninger eller verdifall skal beregnes på samme måte som om en fusjon ikke har funnet sted.

For det overdragende selskap i stat B er det derimot et unntak fra kontinuitetsprinsippet. Problemet her er at det faste driftssted i stat C vil etter fusjonen tilhøre det overtakende selskap stat A. Det faste driftsstedet trer da ut av beskatningsområdet til stat B. Stat B skal i utgangspunktet avstå fra å beskatte filialen i stat C, jf. Art. 10 nr. 1, 1. pkt. Men stat B kan tilbakeføre fradrag for tap i filialen i stat C som tidligere er ført mot det overdragende selskapets skattepliktige overskudd, jf. Art. 10 nr. 1, 2. pkt.

Et annet unntak fra kontinuitetsprinsippet for det overdragende selskap finner man i Art. 10 nr. 2. Bestemmelsen sier at hvis det overdragende selskap har et fast driftssted i stat C, kan stat B beskatte den gevinsten og overskuddet som kommer fra det faste driftsstedet i forbindelse med fusjonen. Dette forutsetter at den stat hvor overdragende selskap er

hjemmehørende, anvender globalinntektsprinsippet, jf. Art. 10 nr. 2, 1. pkt.¹⁶ Begrunnelsen er at hvis det overdragende selskap har en filial i stat C, så vil filialen etter fusjon tilhøre det overtakende selskap, SE-selskapet i stat A. Filialen trer da ut av beskatningsområdet til stat B. Filialen i stat C kan ikke bli noe fast driftssted i forhold til filialen i stat B, fordi man ikke kan ha en filial av en filial.¹⁷ I fortalen er det uttrykkelig sagt at medlemsstatenes finansielle interesser må beskyttes, jf. ”safeguarding the financial interests of the State of the transferring or acquired company”. Det er derfor gjort en unntakelse fra kontinuitetsprinsippet. Stat B kan opphørsbeskatte filialen i stat C, som om den er solgt. Men stat B skal gi kredit for den skatt som ville påløpt på inntekter og kapitalgevinster i stat C, dersom det ikke hadde vært for bestemmelsene i direktivet, jf. Art. 10 nr. 2. Hvis det ikke gis kredit, vil det foreligge en dobbelbeskatning. Foreligger det en skatteavtale mellom stat B og stat C, kommer den til anvendelse på samme måte som om filialen i stat C er solgt.

For filialen i stat C gjelder kontinuitetsprinsippet når det overtakende selskap i stat A og det overdragende selskap i stat B fusjonerer, jf. Art. 10 nr. 1, 3. pkt. Direktivets bestemmelser skal komme til anvendelse på samme måte som om det overdragende selskap var hjemmehørende i stat C. Dette betyr at det ikke skal skje noen gevinstbeskatning av filialen i stat C, men at de skattemessige verdiene skal videreføres. Også her skal det være skattenøytralitet. Stat C kan fortsette å skattelegge filialen som et fast driftssted.

I det tilfelle stat A og stat B er EU-stater, og stat B har et fast driftssted i stat C som er et ikke-medlemsstat, f.eks. Norge, vil fusjonsdirektivet gjelde for stat A og B, men ikke for det faste driftsstedet i Norge. Dette fordi fusjonsdirektivet som nevnt tidligere ikke gjelder for Norge. Det faste driftsstedet i Norge må anvende norske skatteregler, og må søke Finansdepartementets samtykke etter sktl. § 11-22 for å få skattenøytralitet. En fusjon mellom selskap A og selskap B vil ikke påvirke det faste driftsstedet i C i noen særlig grad. Det skjer et eierskifte. Selskap A blir eier av det faste driftsstedet i C i stedet for selskap B. Situasjonen ligner litt på den for norske aksjeeiere i utenlandske selskaper som fusjonerer.

¹⁶ Globalinntektsprinsippet anvendes bl.a. i Sverige, Finland, Hellas, Irland, Italia, Portugal og Storbritannia.

¹⁷ Se Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2002/2003*, s. 539.

Finansdepartementets praksis er lempelige på slike tilfeller, jf. Ot.prp. nr. 1 (2003-2004) kap. 21.5.3.

Som nevnt vil fusjonsdirektivet gjelde for et norsk datterselskap i en EU-stat hvis datterselskapet fusjonerer med et annet selskap i en annen EU-stat for å stifte et SE-selskap. De reglene i fusjonsdirektivet nevnt ovenfor vil gjelde tilsvarende for datterselskapet ved SE-fusjonen.

3.2.1.5 Sammenligning av Finansdepartementets praksis etter sktl. § 11-22 og fusjonsdirektivet

Foran er det gjort rede for Finansdepartementets praksis etter sktl. § 11-22 og fusjonsdirektivets bestemmelser. I det følgende skal jeg se på likheter og forskjeller mellom disse to regelsettene. Fusjonsdirektivet gjelder for fusjoner, fisjoner, overføring av eiendeler, aksjebytte og flytting av et selskaps forretningskontor, men det er først og fremst bestemmelser om fusjon som jeg skal sammenligne med sktl. § 11-22.

Verken Sktl. § 11-22 eller fusjonsdirektivet gir noen endelig skattefritak, men kun en utsettelse av beskatningen. De skatter som ikke blir utløst ved fusjonen vil komme til beskatning ved senere transaksjoner, for eksempel ved senere salg av vederlagsaksjer.

Sktl. § 11-22 (1) har et krav om at realisasjonen må være et ledd i en omorganisasjon eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv. Et lignende rasjonaliserings- og effektiviseringskrav finner vi ikke i fusjonsdirektivet. Faller en transaksjon inn under definisjonen av ”fusjon” i Art. 2 bokstav a, skal bestemmelsene om skattefri fusjon komme til anvendelse. Rasjonaliserings- og effektiviseringskrav i § 11-22 (1) beror på en skjønnsmessig vurdering, mens begrepet ”fusjon” i direktivet er en objektiv vurdering.

Begrepene ”omorganisering” og ”omlegging” er heller ikke klart definert i § 11-22, og kan omfatte mange forskjellige typer transaksjoner. Begrepene er videre enn de

transaksjonstypene som er omfattet av fusjonsdirektivet. Fusjonsdirektivet omfatter som nevnt ovenfor fusjoner, fisjoner, overføring av eiendeler, aksjebytte og flytting av et selskaps forretningskontor, mens sktl. § 11-22 også omfatter omdanning av foretak. §11-22 gjelder ikke bare grenseoverskridende transaksjoner, men også nasjonale transaksjoner. Fusjonsdirektivet derimot gjelder kun grenseoverskridende transaksjoner, jf. Art. 1.

§ 11-22 (2) oppstiller også krav om at omstendighetene i særlig grad skal tale for at lempning gis, og at det må være påtakelig at fritakelsen vil lette omorganiseringen eller omleggingen. Lignende krav kan ikke gjenfinnes i fusjonsdirektivet. ”Omstendighetene i særlig grad” er forstått som at det norske skattefundamentet ikke skal svekkes ved transaksjonen, og ”påtakelig” er tolket som et krav om at transaksjonen ikke må iverksettes før det er søkt om skattelempning. Skattefritak etter fusjonsdirektivet er ikke søknadsbasert, og har derfor ikke tilsvarende krav som i § 11-22 (2). Når vilkårene i fusjonsdirektivet er oppfylt, skal skattelempning gis, jf. ”shall” i Art. 4 nr. 1. Sktl. § 11-22 er mer skjønnsbasert, jf. ”kan”.

For å sikre medlemsstaters skattefundament, har fusjonsdirektivet et krav om opprettholdelse av et fast driftssted i det overdragende selskaps hjemstat. Det overdragende selskaps driftsmidler og skatteposisjoner flyttes ikke til det overtakende selskaps hjemstat, men fortsetter å være skattbar i den opprinnelige hjemstaten. Et slikt krav finner man ikke i sktl. § 11-22. Men i § 11-22 (3) kan Finansdepartementet setter vilkår for skattefritak. Det kan tenkes at et slikt vilkår kan settes, og det må anses å ville ivareta kravet om å sikre det norske skattefundamentet etter § 11-22.

Finansdepartementet kan som nevnt ovenfor sette vilkår for å innvilge skattefritak. Etter Finansdepartementets praksis settes det som et standardvilkår at aksjeeiernes inngangsverdi på de opprinnelige aksjer overføres til vederlagsaksjene. Skattemessig kontinuitet på eiernivå er nødvendig for å sikre at gevinsten ikke blir skattefri. Kontinuitetsprinsippet finner vi også i fusjonsdirektivet, jf. Art. 4 og Art. 8. Også her er det skattemessig

kontinuitet både på selskapsnivå og eiernivå. Her faller vilkår som settes i henhold til sktl. § 11- 22 og fusjonsdirektivet sammen.

Andre vilkår som Finansdepartementet setter er at gevinst ved senere realisasjon av vederlagsaksjene er skattepliktig til Norge, at vederlagsaksjene anses realisert når aksjeeiere tar fast opphold i utlandet eller at gevinsten i forbindelse med tidligere fusjon komme til beskatning når filialen i Norge senere blir solgt. Fusjonsdirektivet har ikke noen tilsvarende vilkår.

Fusjonsdirektivet og sktl. § 11-22 har etter det som er sagt ovenfor mange likheter. Begge regelsettene gir kun en skatteutsettelse, og ikke endelig skattefritak. Mange bestemmelser i fusjonsdirektivet ivaretar hensynet til det norske skattefundamentet. Blant annet vilkår om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå og eiernivå og kravet om opprettholdelse av et fast driftssted. Men Finansdepartementet stiller også andre vilkår som man ikke finner i fusjonsdirektivet, jf. ovenfor. Dette gir inntrykk av at Finansdepartementets praksis etter § 11-22 er strengere enn bestemmelsene i fusjonsdirektivet. Reglene i fusjonsdirektivet er mer objektiv. Foreligger det en grenseoverskridende fusjon beskrevet i direktivet og de øvrige vilkårene er oppfylt, da er fusjonen skattefri. Finansdepartementets praksis er mer skjønnsmessig og gir dårlig forutberegnelighet. Reglene i fusjonsdirektivet om grenseoverskridende fusjon er ikke ulik de som gjelder ved nasjonale fusjoner. Dette kan være et moment som taler for å anvende direktivet på norske selskaper som stifter et SE-selskap ved fusjon. Også Skauge-utvalget i NOU 2003:9 anbefaler at Norge innfører regler som er mest mulig lik reglene i fusjonsdirektivet, jf. ovenfor. Finansdepartementet bør derfor vurdere en regelharmonisering med fusjonsdirektivet for å oppnå det ønskede resultatet etter SE-forordningen.

3.2.1.6 Alfred Berg SE

Alfred Berg er et av de første selskapene som har valgt å benytte seg av selskapsformen europeisk selskap, SE. Alfred Berg er et forvaltnings- og investeringsselskap som har sin virksomhet i Norden. Alfred Berg ønsket å forenkle sin selskapsrettslige struktur ved å

danne et SE-selskap. Morselskapet lå i Sverige, og det hadde datterselskaper i Danmark, Finland og Norge. Disse ble gjort til filialer etter en SE-fusjon. Selskapet i Sverige var det overtakende selskap, mens datterselskapene i Danmark, Norge og Finland var de overdragende. Selskapet har nå sitt hovedsete i Sverige og er et svensk SE-selskap. Stiftelse av SE-selskapet hadde virkning fra 1. oktober 2005. I Brønnøysundregisteret er den norske filialen registrert som et norskregistrert utenlandsk foretak.

Jeg tok kontakt med Alfred Berg SE, og de kunne fortelle at stiftelse av SE-selskapet ved fusjon har gått overraskende bra. For å unngå beskatning av de overdragende selskapene ble det søkt om skattefritak i Norge og i Danmark (Fusjonsdirektivet gjelder, men de må søke om tillatelse likevel, jf. Fusjonsskatteloven § 15.) I Finland fikk de en forhåndsuttalelse fra skattemyndighetene. I Norge ble det søkt om skattefritak etter sktl. § 11-22, og søknaden ble innvilget. Alfred Berg SE kunne ikke opplyse om hvilke konkrete vilkår som ble satt, men sa at det var de vanlige. Jeg tolker det som at vilkår om skattemessig kontinuitet og vilkår om at gevinst ved senere realisasjon av vederlagsaksjene er skattepliktig til Norge uten fradrag for eventuell skatt som erlegges i utlandet, i hvert fall er satt.

Et skatterettslig problem som Alfred Berg møtte ved fusjonen er en dobbelbeskatning av løpende inntekt på grunn av forskjellige ligningsregler i de statene som inngår i fusjonen. I Finland skal det overdragende selskap lignes som et selvstendig skattesubjekt frem til fusjonen er gjennomført, og lignes sammen med det overtakende selskap etter fusjonen. I Danmark skal det overdragende selskap lignes sammen med det overtakende selskap fra begynnelse av regnskapsåret. I Norge setter sktl. § 11-10 (2) virkningstidpunktet for fusjon til det tidspunktet da virkningene har inntrådt selskapsrettslig etter allmennaksjelovens § 13-17. Dette er når fusjonen er registrert i Foretaksregisteret. Etter ligningspraksis skal det overtakende selskap lignes for sine egne og det overdragende selskaps samlede inntekt i fusjonsåret. I Sverige lignes det overtakende selskap sammen med det overdragende selskap fra overdragende selskaps regnskapsårs begynnelse til regnskapsårets slutt for overtakende selskap. SE-selskapet Alfred Berg i Sverige vil lignes med de overdragende

selskaper i Danmark, Finland og Norge fra regnskapsårets begynnelse, i dette tilfelle var regnskapsår til de overdragende selskapene samsvarende med kalenderår, dvs. fra 1. januar 2005. Inntektsskatt blir betalt både i Sverige og i de andre landene, og det foreligger derfor en dobbelbeskatning. Etter nordisk skatteavtale kan det overtakende selskapet i Sverige kreve kredit for inntektsskatt som er betalt i de andre landene. Dette volder ikke noe problem når det gjelder Norge og Danmark fordi de har samme regel som i Sverige, men Finland har en avvikende regel. Problemet er at i Finland lignes det overdragende selskap ikke før etter fusjonsdato sammen med det overtakende selskap. For å kunne få fradag er det en forutsetning at det overtakende selskapet har betalt skatten selv. I Finland er det overdragende selskapet eget subjekt som betaler skatt frem til 1. oktober. Det overtakende selskapet i Sverige oppfyller ikke kravet om å ha betalt skatten selv, og vil antakelig ikke kunne få kredit for skatt som det overdragende selskap har betalt i Finland. Dette problem løses ikke direkte i skatteavtalen, men statene kan benytte seg av muligheten i NSA Art. 28 om gjensidige avtale for å unngå slike dobbelbeskatninger.

3.2.2 Stiftelse av SE-holdingselskap

Et SE-selskap kan stiftes som et holdingselskap, jf. Art. 32 nr. 1 jf. Art. 2 nr. 2 i forordningen. Holdingselskaper benyttes mye i konsernstruktur. Holdingselskaper driver ikke selv noen egentlig ervervsvirksomhet av betydning, men innehar aksjer i et eller flere andre selskaper, driftsselskaper. Ofte er det slik at morselskapet kun har til oppgave å inneha datterselskapets aksjer, mens det er datterselskapet som utøver ervervsvirksomhet.

Fordelene med å stifte slike selskaper er mange på den skattemessige plan. Blant annet for å utnytte et lands muligheter til konsernbeskatning. Mange land krever at det opprettes en konsernstruktur for at et selskaps underskudd skal kunne fradragsføres mot et annet selskaps overskudd. Uten et holdingselskap vil ikke underskuddet kunne bli utnyttet det aktuelle året, men må eventuelt fremføres i samme selskap et senere år. For eksempel har morselskapet i stat A to separate datterselskaper i stat B. For at det ene datterselskapet skal kunne fradragsføre sitt underskudd mot det andre datterselskapets overskudd, kreves det et holdingselskap/morselskap i stat B. I Norge kan selskapene benytte seg av

konsernbidragsreglene i skatteloven som ikke stiller noe slikt krav. Det er innført fritaksmetoden i Norge, dvs. aksjeeiere som er aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper vil som hovedregel ikke bli beskattet for aksjegevinster, jf. sktl. § 2-38. Det er derfor en fordel for fysiske aksjonærer å stifte et heleid holdingselskap og eie aksjer gjennom det. Gevinster blir da skattefrie så lenge de beholdes i selskapssektoren. En annen skattemessig fordel er å redusere kildeskatter på utbytteutdelinger. Dette gjøres ved å etablere et holdingselskap som eier aksjene i alle eller en del av konsernets utenlandske datterselskaper i forskjellige land i et land som har lav eller ingen skatt på mottatt aksjeutbytte, eller lav eller ingen skatt på utdelt utbytte. Holdingselskapet vil bli etablert i det land som har gunstigst skatteregler.

Et holdingselskap kan også gi selskapsrettslige fordeler. Eier man et selskap som driver med flere typer virksomheter, kan det være en idé å etablere en holdningsstruktur. Et eksempel er en forretningsmann eier et selskap som driver både med utleie av fast eiendom og utlån til forbruk. Han skiller virksomhetene ut i egne selskaper og oppretter et holdingselskap som eier 100 % av aksjene i selskapene. På den måten kan han lettere følge utviklingen i det enkelte virksomhet. Et holdingselskap kan lett fusjoneres og fisjoneres skattefritt, og dette gjør at et holdingselskap gir stor fleksibilitet. Holdingselskap kan også etableres for å lette et generasjonsskifte eller et skifte. Også hensyn til senere salg av det enkelte driftsselskap kan motivere etablering av et holdingselskap. Men i praksis er det de skattemessige fordelene som dominerer etablering av holdingselskaper.

For å stifte et SE-holdingselskap, må aksjeeierne i selskap A og B skyte sine aksjer inn i det nye holdingselskap mot vederlag i aksjer i holdingselskapet. Det skjer en ombytting av aksjer. Men ikke alle aksjeeiere i selskap A og B må være med på å stifte holdingselskapet. I det følgende forutsetter jeg at selskap A og aksjeeiere i selskap A er hjemmehørende i Norge og selskap B og dets aksjeeiere i et EU-land. En ombytting av aksjer fra selskap A til det nye SE-holdingselskap vil føre til realisasjon av aksjene for aksjeeiere i selskap A. Aksjegevinsten vil komme til beskatning, jf. sktl. § 10-31 (1). Tilsvarende vil tap komme til fradrag, jf. sktl. § 10-31 (2). Men dette gjelder kun aksjeeiere som er fysiske personer. Er

aksjeeiere et aksjeselskap, vil gevinsten eller tapet ikke komme til beskatning eller fradrag på grunn av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 (1). For fysiske aksjeeiere vil stiftelse av et SE-holdingselskap innebære full skatteplikt, og aksjeeiernes utgangsverdi vil være den nye inngangsverdien på aksjer i det nye SE-holdingselskapet.

Med hjemmel i sktl. § 11-22 (1) c kan Finansdepartementet samtykke i at gevinst ved realisasjon av aksjer skal være fritatt, eller skattelegges med lavere satser. Men en betingelse er at realisasjonen må være ledd i en omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv. Etter Finansdepartementets uttalelse i St.meld. nr. 16 (1997-1998) baseres rasjonaliserings- og effektiviseringseffekt på en konkret vurdering. Begrunnelser som departementet ikke har funnet tilstrekkelig til innvilgelse av søknader er for eksempel rent administrative eller finansielle fordeler.¹⁸ De rene administrative fordeler kan være oppnåelse av samlet forvaltning eller styre, lik skatte- og regnskapsmessig behandling av flere enheter eller å tilrettelegge for bedre å synliggjøre skillet mellom bedriftens forskjellige virksomhetstyper. Finansielle fordeler, som at man forventer at bedriftens endrede organisasjonsform vil gi grunnlag for bedre tilgang på kapital, oppfyller heller ikke rasjonaliserings- og effektiviseringskravet.

Opprettelse av et holdingselskap har som nevnt ovenfor oftest skattemessige fordeler. Et SE-holdingselskap driver ikke noe ervervsvirksomhet, men skal innha aksjer til de initiativtakende selskaper, jf. forordningen Art. 32 nr. 2. Da kan kravet om rasjonell og effektiv omorganisering være vanskelig å oppfylle. Finansdepartementet har avslått en søknad i 2001 om etablering av et holdingselskap hvor aksjene i et norsk selskap skulle bli skutt inn som tingsinnskudd, jf. Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) kap. 17.5.2. Departementet mente at rasjonaliserings- og effektivitetskravet var ikke oppfylt. Også i 2002 ble en søknad om skattefritak ved etablering av et holdingselskap avslått av departementet. Eierne av tre aksjeselskaper ønsket å etablere en konsernmodell ved at aksjene i de tre selskapene ble skutt inn som tingsinnskudd i et nystiftet holdingselskap. Begrunnelsen var blant annet at dette vil muliggjøre resultatutjevning i form av konsernbidrag samt legge til rette for

¹⁸ Se St.meld. nr. 16 (1997-1998) kap. 6.1.3.

senere oppkjøp og fusjon. Departementet fant heller ikke i denne sak at rasjonaliseringskravet oppfylt, jf. Ot.prp. nr. 1 (2002-2003) kap. 15.4.2.

Etter departementets praksis kan det se ut som at etablering av et SE-holdingselskap vil lede til full beskatning av fysiske aksjeeiere i selskap A. Det kan spørres om departementets praksis hindrer at et SE-holdingselskap blir stiftet, og om dette i så fall er i strid med SE-forordningen. I utgangspunktet foreligger det ikke noen plikt for Finansdepartementet å gi skattefritak etter SE-forordningen, jf. ovenfor om fusjon. Dette fordi forordningen ikke gjelder på skatterettens område. Kravet om at transaksjonen skal ha rasjonell og effektiv virkning kan ikke anses å være urimelig. Transaksjonen skal ha mer enn rene skattemessige konsekvenser. Dette for å unngå uønskede skattemessige omgåelser. Men det kan spørres om departementets praksis er i strid med den generelle etableringsretten i EØS-avtalen Art. 31. Det som er sagt under 3.2.1.1.3 om departementets praksis i forhold til etableringsretten, gjelder tilsvarende her.

Som nevnt tidligere, er stiftelse av SE-selskap en selskapsform som er ønsket i EØS-statene. Bruk av SE-selskapsformen er et virkemiddel til å oppnå et indre marked i EØS-statene. De skatterettslige reglene i nasjonal rett skal derfor ikke vanskeliggjøre en slik etablering. Dette taler for at Finansdepartementet bør være lempeligere i sin praksis ved vurdering av skattefritak etter sktl. § 11-22 for holdingselskaper. Et annet moment er at hvis det nye SE-selskapet stiftes i Norge, så vil aksjeeiere i selskap A viderefører aksjene i det nye SE-holdingselskapet. På den måten vil ikke det norske skattefundamentet blir svekket.

Ombytting av aksjer for aksjeeiere i selskap B, hjemmehørende i et EU-land, vil falle inn under fusjonsdirektivets bestemmelser fordi det foreligger en grenseoverskridende transaksjon. Art. 8 i fusjonsdirektivet vil komme til anvendelse, og den forutsetter at gevinsten ikke komme til beskatning.

Norske aksjeeiere i selskap B, som deltar i stiftelse av et SE-holdingselskap i Norge, må søke om skattefritak etter sktl. § 11-22. Finansdepartementets praksis er ganske liberal i de tilfeller utenlandske selskaper fusjoneres eller fisjoneres, jf. Ot.prp. nr. 1 (2002-2003) kap. 15.6.2. Kravet til effektiviserings- og rasjonaliseringseffekter tillegges ikke avgjørende vekt ved søknadsvurderingen. Denne lempeligere praksis gjelder også for fusjonsliknende transaksjoner mellom utenlandske selskaper. I 2003 gjaldt en søknad om overføring av norskeide aksjer i et utenlandsk selskap til et nyopprettet holdingselskap i den samme fremmede stat mot vederlag i aksjer i holdingselskapet. Søknaden ble innvilget.¹⁹ Det ble satt vilkår for å sikre det norske skattefundamentet. Selv om aksjeoverføringen i denne sak skjer mellom selskaper i samme utenlandsk stat, må det antas at det samme gjelder for overføring mellom selskaper i forskjellige stater.

3.2.3 Stiftelse av SE-datterselskap

To selskaper som hører under to forskjellige medlemsstaters lovgivning, kan gå sammen og stifte et SE-datterselskap, jf. SE-forordningen Art. 2 nr. 3. Det er vanlig at de to selskapene som går sammen om å stifte et datterselskap, skiller ut en del av sin eksisterende virksomhet som de skyter inn i datterselskapet. Ønsket om å etablere et datterselskap kan komme av at selskapene ønsker å starte en felles virksomhet, begrense ansvaret for en risikofylt del av virksomheten for selskapet eller at det er hensiktsmessig å ha en egen enhet for spesielle funksjoner. En slik transaksjon der virksomheten skilles ut til et datterselskap som apportinnskudd, kalles for vertikal fisjon. Et datterselskap kan også stiftes ved innskytelse av kontanter. Kontantinnskudd ved stiftelse utløser ikke noe skatt. I det følgende ser jeg derfor kun på det tilfelle hvor aksjeselskaper skyter inn eksisterende virksomhet eller eiendeler inn i datterselskapet.

¹⁹ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) kap. 33.5.4.

I norsk intern rett kan en skattefri fisjon gjennomføres etter bestemmelsen i sktl. § 11-4. Men reglene gjelder ikke for vertikal fisjon.²⁰ Dette fordi verdiene i det overdragende selskap reelt sett ikke deles. Det skjer bare en ombytting av eiendeler mot aksjer i det overtakende datterselskapet. En annen grunn til at skattelovens regler om skattefri fisjon ikke kan anvendes ved stiftelse av et SE-datterselskap, er at sktl. § 11-1 (2) forutsetter at alle selskapene som deltar i fisjonen er hjemmehørende i Norge. Stiftelse av et SE-datterselskap har et grenseoverskridende element som gjør at kravet om at alle selskapene må være hjemmehørende i Norge ikke er oppfylt.

Etter SE-forordningen Art. 2 nr. 3 må selskapene som ønsker å stifte et SE-datterselskap, være regulert av forskjellige medlemsstaters lovgivning. Etablering av SE-selskapet ved innskudd av eksisterende virksomhet (tingsinnskudd) vil derfor i utgangspunktet utløse beskatning av eiendelene for de initiativtakende selskapene. Men etter sktl. § 11-21 kan Finansdepartementet gi forskrift om skattefri overføring av eiendeler mellom selskaper. Nærmere vilkår for det finner vi i fsfin. § 11-21. Departementet skal fatte enkeltvedtak i medhold av sktl. § 11-21 (3) etter søknad fra selskaper som ønsker skattefri overføring av eiendeler.

Overføring av eiendeler må gjelde mellom norske aksjeselskaper, jf. fsfin. § 11-21-1 (1) 1. pkt. Hvis selskap A er hjemmehørende i Norge og SE-datterselskapet etableres i Norge, vil overføring mellom disse selskapene være skattefri hvis de øvrige betingelsene er oppfylt. Kravet om overføring mellom norske aksjeselskaper vil da være oppfylt. Skattefritaket etter sktl. § 11-21 vil ikke gjelde for overføring av eiendeler mellom selskap A i Norge og SE-datterselskap i en annen EØS-stat. I slike tilfelle, er selskapet henvist til å søke om skattefritak etter sktl. § 11-22. Jeg kommer tilbake til det senere.

Det neste vilkår er at selskapene må tilhøre samme konsern, jf. sktl. § 11-21 (1) a og fsfin. § 11-21-1 (1). Konserndefinisjon i asal. § 1-3 skal legges til grunn. Kravet om å tilhøre

²⁰ Se Zimmer, Frederik/BAHR, *Bedrift, selskap og skatt. Innleastsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*, s. 542.

samme konsern er oppfylt hvis selskap A har mer enn 50 % av aksjekapitalen og tilsvarende stemmerett i SE-datterselskapet.

Sktl. § 11-21 (1) bokstav a stiller også et krav om eierandel. Morselskapet må eie mer enn 90 % av aksjene i datterselskapet og ha tilsvarende del av stemmer som kan avgis på generalforsamlingen. Eier- og stemmeandel er strengere enn det som gjelder i allmennaksjeloven. Har selskap A 90 % av aksjene og stemmeandel i datterselskapet, vil kravet være oppfylt. Hvis de to selskapene som skal stifte SE-datterselskapet har 50 % av aksjekapitalen og stemmeandelen hver, så vil ikke eier- og stemmeandelskravet være oppfylt. Ingen av dem vil være morselskapet.²¹ Skattefritak etter sktl. § 11-21 kommer da ikke til anvendelse.

I det tilfelle selskap A oppfyller vilkårene i § 11-21, kan selskapet foreta en skattefri overføring av virksomheten til SE-datterselskapet. En forutsetning er at overføringen skal skje med skattemessig kontinuitet, jf. sktl. § 11-21 (2) og fsfin. § 11-21-3. Ligningsmessige inngangsverdier og avskrivningsgrunnlag i SE-datterselskapet skal være lik ligningsmessige bokførte inngangsverdier i morselskapet. Andre skatteposisjoner som knyttet til eiendelene følger eiendelene uendret.

Oppfyller selskap A ikke eierkravet i § 11-21, eller det overdrar eiendeler til SE-datterselskap i stat B, så kan selskapet søke Finansdepartementet om skattefritak etter § 11-22. Finansdepartementet foretar da en konkret vurdering. Det er nærliggende å tro at Finansdepartementet vil anvende samme liberale praksis som ved fusjon. Det som er sagt under kapitlet om fusjon, vil derfor gjelde tilsvarende her.

3.2.4 Omdannelse av allmennaksjeselskap til SE-selskap

Etter Art. 2 nr. 4 i SE-forordningen kan et allmennaksjeselskap omdannes til et SE-selskap dersom det i minst to år har hatt et datterselskap som er regulert av en annen medlemsstats

²¹ Se Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, s 31.

lovgivning. Allmennaksjeselskapet skal ikke oppløses, men fortsetter å være en juridisk person etter omdanningen, jf. Art. 37 nr. 2.

I norsk intern rett kan aksjeselskaper omdannes til allmennaksjeselskaper etter reglene i asl. kap. 15. Heller ikke da skal selskapet oppløses, men fortsetter å være samme juridisk person. En slik omdanning er mer likestilt med en vedtektsendring, jf. asl. § 15-1.

Omdannelsen utgjør ikke en realisasjon skattemessig, og er derfor skattefri, jf. Lignings ABC 2004 pkt. 2.1.²² Aksjeselskapets skatteposisjon videreføres i allmennaksjeselskapet. Tilsvarende regel for omdanning fra allmennaksjeselskaper til aksjeselskaper finner vi i asal. kap. 15. Begrunnelse er at reglene for de to selskapsformer i stor grad er like, og det er et ønske om å lette omdannelsesadgangen mellom dem.

Etter SE-loven § 2 (1) skal reglene i allmennaksjeloven gjelde for SE-selskap så langt de passer, og bestemmelser i annen lovgivning som gjelder for allmennaksjeselskap, skal også gjelde for SE-selskap. Synspunktet om at aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er like selskapsformer må også gjelde for allmennaksjeselskaper og SE-selskaper. Den eneste forskjellen er at et SE-selskap har et grenseoverskridende element. SE-selskap er en selskapsform som er ønsket av lovgivere. Skattereglene bør derfor ikke hindre stiftelse av slike selskaper. Når omdanningen mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan skje skattefritt, taler det for at også omdanning til SE-selskap kan skje skattefritt. Allmennaksjeselskapets skatteposisjon fortsetter videre i SE-selskapet. Datterselskapet, som er hjemmehørende i stat B, vil fortsatt være skattepliktig der. En omdanning av allmennaksjeselskapet vil ikke påvirke det.

3.3 Skattemessig hjemsted for SE-selskap

Å avgjøre det skattemessige hjemsted har interesse for når et SE-selskap er skattepliktig til Norge. SE-forordningen regulerer i utgangspunktet ikke skatteretten, jf. fortalen nr. 20. Det skattemessige hjemsted for et SE-selskap må derfor avgjøres etter nasjonale regler. Et SE-

²² Se Ole Gjems-Onstad, *Norsk Bedriftsskatterett*, 6. utg. 2003, s. 1140.

selskap skal behandles som et allmennaksjeselskap, og bestemmelser som kommer til anvendelse på det vil gjelde tilsvarende på et SE-selskap, jf. SE-loven § 2 (1). Etter sktl. § 2-2 (1) a er et allmennaksjeselskap skattepliktig til Norge hvis det er "hjemmehørende i riket". Dette vilkåret må også gjelde for et SE-selskap ved avgjørelse av om det er skattepliktig til Norge. Begrepet "hjemmehørende" bygger på et materielt kriterium, nemlig hvor selskapets ledelse på styrenivå utøver sine funksjoner, jf. Rt. 2002 s. 1144. Et selskap som er registrert i utlandet, kan være hjemmehørende i Norge, og omvendt, et selskap stiftet i Norge er ikke nødvendigvis hjemmehørende i Norge.

Et problem som ikke bare gjelder SE-selskaper, er at et selskap kan være skattemessig hjemmehørende i flere stater. Problemet kan oppstå hvis en stat anvender et materielt tilknytningskriterium, f.eks. sted for effektiv ledelse, mens en annen stat anvender et formelt kriterium, f.eks. registreringssted. Selskapet er da skattemessig hjemmehørende i begge statene. Slike problemer løses ofte ved skatteavtaler. Tilsvarende problem gjelder også selskapsrettslig. Noen medlemsstater følger stiftelsesteori som er basert på et formelt kriterium, mens andre følger hovedseteteori som er basert på et materielt kriterium. SE-forordningen Art. 7 har et krav om at et SE-selskap skal ha forretningskontor og hovedkontor i samme medlemsstat. Med dette fjernes de selskapsrettslige hindringene, men ikke nødvendigvis de skatterettslige. Innholdet i kravet om "hjemmehørende" i riket i skatterettslig sammenheng har likhet med det selskapsrettslige kriteriet om hovedkontor i medlemsstaten. Begge baserer seg på faktiske kriterier. Men hva som ligger i begrepet "hovedkontor" er ikke definert i forordningen. Noen forfattere, deriblant Werlauff, mener at siden begrepet "hovedkontor" i SE-forordningen er ikke klarlagt i fellesskapsretten, må det være opptil EF-domstolen/EFTA-domstolen å ta prejudisiell stilling til begrepet. Ved sin vurdering vil domstolen måtte legge vekt på flere forhold, deriblant stedet for den daglige ledelse. Også skatteretten vil ha påvirkning ved vurderingen, f.eks. nasjonal rett og kommentarer til OECD-avtalens. Han konkluderer med at hjemsted til et SE-selskap må være det samme både i forhold til selskapsretten og skatteretten.²³ I Utv 1998 s. 848 uttrykker Finansdepartementet samme syn som Werlauff, jf. "I prinsippet kan en se dette

²³ Se Werlauff, *SE-The Law of the European Company*, s. 184.

selskapsrettslige tema atskilt fra det skatterettslige tema ” i riket hjemmehørende”. I praksis vil kriteriene for de to temaer bli temmelig sammenfallende. Finansdepartementet antar således at den praktiske konklusjon i saker på dette område vil være at enten er selskapet fortsatt norsk i relasjon til både aksjelovgivning og skattelovgivningen, eller så er det utenlandsk i begge relasjoner.”

Hvis begrepet ”hovedkontor” omfatter stedet for selskapets ledelse på styrenivå, vil SE-forordning også løse de skatterettslige problemstillingene for norske SE-selskaper. Selskapet vil ikke være hjemmehørende i to stater, og dobbelbeskatning vil unngås. Det skattemessige og selskapsrettslige hjemsted vil da være sammenfallende.

I det tilfelle domstol kommer til at ”hovedkontor” ikke omfatter sted for ledelse på styrenivå, kan det oppstå den situasjon at et utenlandskregistrert SE-selskap har den daglige ledelse i utlandet, mens styrefunksjon utøves her i Norge. Selskapet vil være selskapsrettslig hjemmehørende i utlandet, men skattemessig hjemmehørende i Norge. Det volder i utgangspunktet ikke noe skatterettslig problem. For er det det skattemessige hjemsted som er avgjørende for skatteplikten. Tilsvarende vil gjelde for et norskregistrert SE-selskap som har den daglige ledelse i Norge, mens ledelse på styrenivå skjer i utlandet. Skattemessig er selskapet ikke lenger ”hjemmehørende i riket”. Som nevnt så kan et SE-selskap være hjemmehørende i to stater, og det vil foreligge en dobbelbeskatning. For å unngå dette, må problemet løses etter skatteavtalen.

3.4 Skatterettslige spørsmål ved flytting av et SE-selskap

3.4.1 Innledning

SE-forordningens Art. 8 nr. 1 sier at et SE-selskap kan flytte forretningskontor til en annen EØS-stat uten å måtte gå veien om oppløsning og nystiftelse. Flytting av forretningskontor medfører også at selskapets hovedkontor må flyttes til samme stat, jf. Art. 7.

Flytteadgangen etter forordningen bygger på et kontinuitetsprinsipp, og SE-selskapet fortsetter å være den samme juridisk person etter flyttingen. SE-forordningens

bestemmelser regulerer kun selskapsrettslige forhold ved flytting, og ikke skatterettslige forhold, jf. fortalen nr. 20. I mangel av felles beskatningsregler på EØS-området og regulering i forordningen, er statene og skattytere henvist til de nasjonale skattereglene. Et norsk SE-selskap som ønsker å flytte sitt forretningskontor til en annen EØS-stat, må ved utflytting følge norske skatteregler på området.

3.4.2 Skattemessige konsekvenser av utflytting av aksjeselskaper

Skatteloven har ingen generelle bestemmelser som regulerer flytting av et aksjeselskap. Som nevnt tidligere er et selskap skattepliktig til Norge hvis det er ”hjemmehørende i riket”, jf. sktl. § 2-2 (1). Det betyr at selskapets faktiske ledelse på styrenivå må finne sted i Norge. Flytter selskapets effektive ledelse til et annet land, vil det ikke lenger være hjemmehørende i Norge. Men hva som er skattekonskvensene i norsk rett på området, er uklare. Finansdepartementet har uttalt seg noe om konsekvensene av utflytting i Utv. 1998 s 848. Finansdepartementets løsning er i sterk grad basert på Justisdepartementets uttalelse av 6. januar 1998 om selskapsrettslige konsekvenser av flytting av et aksjeselskapets effektive ledelse til utlandet. Justisdepartementet mener at flytting av hovedkontoret er (et forhold) som er ulovlig, og må rettes opp enten ved tilbakeflytting eller oppløsning og avvikling. Finansdepartementet uttrykker samme syn og sier i uttalelsen at hvis et selskap ikke lenger er å anse som norsk i relasjon til aksjelovgivningen, så plikter aksjeeierne å avvikle selskapet gjennom oppløsning og likvidasjon. Likvidasjonsbeskatning etter sktl. § 10-37 kommer da til anvendelse. Aksjeeiere blir da beskattet som om aksjene er realisert, og likvidasjonsutdeling etter asal. § 16-9 anses som vederlag for aksjene og utgjør aksjenes utgangsverdi ved gevinstberegningen, jf. sktl. § 10-37 (1) 2. pkt. Selskapets latente skatteforpliktelser vil i forbindelse med likvidasjonen også bli aktualisert og beskattet.

Finansdepartementets løsning om at det skal skje en likvidasjonsbeskatning ved utflytting av et aksjeselskap, er omdiskutert.²⁴ Hvis et selskap flytter sitt hovedsete til et annet land, men fortsetter driften av sin virksomhet i Norge, så vil virksomheten være begrenset

²⁴ Se Hole, *Skattemessige emigrasjon av aksjeselskaper*, SR 2000 s. 18-36.

skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-3 (1) bokstav b. I realiteten skjer det en omdannelse fra hjemmehørende aksjeselskap til skattepliktig filial. Når staten fortsetter å kildebeskatte filialen i Norge etter utflytting av selskapets sete, kan det virke urimelig å likvidasjonsbeskatte selskapet. En mulig løsning er at beskatning må bero på skattereglene for de enkelte skatteposisjoner, jf. Geir Peter Hole *Skattemessige emigrasjon av aksjeselskaper* i SR 2000 s. 32. Han mener at hvis hjemmel for virksomhetsbeskatning i Norge er i behold etter bestemmelsen i sktl. § 2-3 (1) bokstav b samt etter skatteavtale, kan det ikke medføre utflyttingsbeskatning etter sktl. § 14-48 og § 14-64. For aksjegevinster må utgangspunktet være at gevinsten realiseres før utflytting foretas. Ved bortfall av alminnelig skatteplikt kan beskatning av aksjegevinster likevel hjemles i at aksjebesittelsen anses tilknyttet virksomhet som er skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-3 (1) bokstav b.

3.4.3 Skattemessige konsekvenser av utflytting av SE-selskap

3.4.3.1 Situasjon for SE-selskap

Det som er nevnt ovenfor gjelder flytting av et norsk aksjeselskap. Spørsmålet er om det også vil gjelde for et norsk SE-selskap. Finansdepartementet forutsetter at utflyttingen innebærer at selskapet ikke lenger er å anses som norsk i relasjon til norsk aksjelovgivning. Norsk selskapslovgivning gir ikke adgang til å flytte aksjeselskapets sete, og en utflytting vil derfor være ulovlig og føre til oppløsning av selskapet. Men for et SE-selskap er situasjonen annerledes. SE-forordningen Art. 8 nr. 1 gir hjemmel for at et SE-selskap kan flytte sitt forretningskontor og hovedkontor til en annen EØS-stat uten å måtte oppløses eller registreres på nytt. Forordningen er gjort til norsk intern rett ved SE-loven. Finansdepartementets argumentasjon om at flytting av et aksjeselskaps sete ikke er lovlig etter selskapsrettslige regler, kan derfor ikke anvendes på et SE-selskap. Hvis man følger Finansdepartementets syn om at selskapsrettslig behandling og skatterettslig behandling må korrespondere, så betyr det at et SE-selskap skal ikke likvidasjonsbeskattes. Men dette synspunkt, dvs. en så tett kobling mellom selskapsrett og skatterett, er omstridt, jf. Hole, *Skattemessige emigrasjon av aksjeselskaper* i SR 2000 s 25. Selv om det etter

selskapsrettslige regler ikke skal skje en oppløsning av SE-selskapet, kan det tenkes at det etter skatterettslige reglene skjer en oppløsning.

Det må i det følgende skille mellom utflytting med opprettholdelse av et fast driftssted og utflytting uten å opprettholde et fast driftssted. I det tilfelle hvor SE-selskapet kun flytter sin effektive ledelse til en annen EØS-stat, men fortsetter driften av virksomheten i Norge, så vil virksomheten være begrenset skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-3 (1) b, jf.

”virksomhet ... som drives her eller bestyres herfra”. Virksomheten vil da bli en filial av SE-selskapet. Norge vil beholde beskatningsmulighet og kan beskatte virksomhetsinntekt knyttet til filialen. Dette taler i mot at det skjer en likvidasjonsbeskatning av selskapet. Det blir feil å fortsette beskatning av selskapets løpende virksomhetsinntekt etter at det er gjennomført likvidasjonsbeskatning av selskapet. For alle selskapets skatteposisjoner blir gjort opp i og med likvidasjonsbeskatningen, og selskapet anses skattemessig likvidert. I EØS-stater som Østerrike, Hellas, Irland, Nederland, Spania og Storbritannia, utsettes utflyttingsbeskatningen hvis selskapet fortsatt har en filial/fast driftssted i fraflyttingslandet.²⁵ Det følger også av fusjonsdirektivet at det skal gis skattenøytralitet hvis utflyttingsselskapet opprettholder et fast driftssted i fraflyttingsstaten, jf. fusjonsdirektivet Art. 10 b nr. 1. En slik løsning kan også tenkes i Norge, jf. Hole, *Skattemessige emigrasjon av aksjeselskaper* i SR 2000 s. 35.

Hvis det ikke opprettholdes en filial i fraflyttingsstaten, skal selskapet likvidasjonsbeskattes, jf. for eksempel dansk selskabsskatteloven § 5, stk. 7.²⁶ En slik hjemmel har vi ikke i Norge. Men reelle hensyn taler for en slik løsning. Et SE-selskap som ikke lenger utøver virksomhet i landet, vil etter utflyttingen falle ut av norsk beskatningsområdet. For å sikre det norske skattefundamentet, taler det for at det skjer en likvidasjonsbeskatning av selskapet.

²⁵ Se Otmar Thömmes, *EC Law aspects of the transfer of seat of an SE*, European Taxation no 1, 2004, s. 23.

“Survey on the Societas Europaea” (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2003).

²⁶ Se Niels Winther-Sørensen, *Skat ved aktieselskabers til- og fraflytning*, Festskrift til Aage Michelsen 2000, s. 317.

Har det norske SE-selskap en filial i en tredje EØS-stat eller i tilflyttingsstaten, så vil beskatningsmyndigheten av filialen falle bort ved utflyttingen. Norge anvender globalinntektsprinsippet, dvs. en skattyter er skattepliktig til Norge for all sin inntekt uansett hvor i verden den er opptjent. Når et SE-selskap flytter til et annet EØS-land, så er selskapet ikke lenger alminnelig skattepliktig for sin virksomhet til Norge, og filialen trer da ut av norsk beskatningsområdet. Dette tilsier at det skal skje en opphørsbeskatning i Norge av filialen i tredjestaten.

Skattekonsekvensene av flytting av et SE-selskap er, etter det som er sagt foran, uklare. Momenter taler både for og i mot at det skjer en likvidasjonsbeskatning av selskapet. Jeg er etter en avveining kommet til at likvidasjonsbeskatning ikke skal skje hvis selskapet opprettholder en filial/et fast driftssted i Norge. Norge vil beholde sin beskatningsmyndighet vedrørende filialen. I det tilfellet hvor selskapet ikke beholder en filial i Norge, skal selskapet likvidasjonsbeskattes. Selskapet trer ut av det norske beskatningsområdet, og reelle hensyn taler for at det skjer en beskatning. Usikkerheten rundt skattekonsekvensene av flytting av selskapets sete, bør etter min mening, fjernes. Dette kan gjøres enten ved at lovgiverne gir regler som regulerer forholdet, eller at domstolene avklarer den uklare situasjonen gjennom rettspraksis.

3.4.3.2 Likvidasjon

I det følgende forutsetter jeg at det skal skje en likvidasjonsbeskatning av SE-selskapet ved flytting av dets forretningskontor og hovedkontor til en annen EØS-stat. Jeg skal se på skattekonsekvensene av likvidasjonen. Ved likvidasjon av et selskap skal nettoverdiene i selskapet fordeles på aksjeeiere i forhold til deres eierandeler. Selskapets latente kapitalgevinster anses i den forbindelse som realisert. Sktl. § 10-37 regulerer beskatning av aksjeeiere ved likvidasjon. Aksjeeiere skal beskattes som om aksjene er realisert. Likvidasjonsutdeling etter asal. § 16-9 anses som vederlag for aksjene og utgjør aksjenes utgangsverdi ved gevinstberegningen, jf. sktl. § 10-37 (1) 2. pkt. Gevinsten eller tapet beregnes ved at aksjenes utgangsverdi trekkes fra aksjenes inngangsverdi (aksjenes kostpris), jf. sktl. § 10-32. Aksjenes utgangsverdi vil ha betydning for inngangsverdi for

aksjeeiere når selskapet flytter til den nye staten. Aksjeeierne er blitt beskattet for aksjene i fraflyttingsstaten, og kan derfor skrive opp verdien på aksjene ved tilflytting til den nye staten. Hvis ikke, så vil gevinsten bli beskattet to ganger. Dette taler for at utgangsverdien blir den nye inngangsverdien i tilflyttingsstaten.

Hvis virksomheten opphører i Norge og driftsmidler blir tatt ut av norsk beskatningsområde, så vil reglene i sktl. § 14-60 flg. om uttaksbeskatning komme til anvendelse.

3.4.3.3 Skattefritak etter § 11-22

Jeg forutsetter så at flytting av norsk SE-selskap til en annen EØS-stat vil medføre likvidasjonsbeskatning, og at SE-selskapet fortsetter sin virksomhet i Norge gjennom et fast driftssted. Det kan da spørres om skattefritak etter sktl. § 11-22 kan komme til anvendelse.

Som tidligere nevnt, kan Finansdepartementet samtykke i at inntekt ved realisasjon av virksomhet eller aksjer skal være fritatt for skatt eller skattlegges etter lavere satser når realisasjonen er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv. Fritak eller nedsettelse kan bare gis når omstendighetene i særlig grad taler for det, og det er påtakelig at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen, jf. sktl. § 11-22 (2).

Om flytting av SE-selskapets forretningskontor og hovedkontor oppfyller vilkårene i § 11-22, beror på en konkret vurdering. Flytter SE-selskapet for å være ordnet under et annet EØS-land som har gunstigere selskapsrettslige og skatterettslige regler, kan rasjonaliserings- og effektiviseringskravet ikke anses å være oppfylt. Flyttingen må være samfunnsmessig ønskelig, og det skal være noe mer enn bare skattemessige fordeler som begrunner fritaket.

Også her kan Finansdepartementet bruke vilkår for å sikre det norske skattefundamentet. For eksempel kan det settes som vilkår at de skattemessige verdier på aksjer videreføres for aksjeeiere. Et annet vilkår kan være at gevinst ved realisasjon av aksjer skal være skattepliktig til Norge når aksjeeiere senere selger aksjene, og det skal ikke gis fradrag for eventuell skatt i utlandet. På den måten sikres det norske skattefundamentet mot å bli uttynnet som følge av flyttingen.

3.4.3.4 Forhold til EØS-avtalen

Det kan tenkes at likvidasjonsbeskatning vil utløse så store skattemessige konsekvenser ved flytting av et SE-selskap at selskapet velger å ikke flytte. Dette vil føre til en innlåsnings effekt. Det kan spørres om en slik løsning er i strid med EØS-avtalens bestemmelse om fri etableringsrett innenfor EØS-området.

EF-domstolen har i sin avgjørelse i *Daily Mail* tatt stilling til spørsmålet om en juridisk person kunne emigrere skattemessig til en annen stat.²⁷ Saken gjaldt *Daily Mail* som var et aksjeselskap stiftet i henhold til britisk rett, som ønsket å flytte sitt hovedkontor fra Storbritannia til Nederland. Selskapet hadde betydelige urealiserte kapitalgevinster på driftsmidler som det tenkte å realisere skattefritt etter innflytting til Nederland. Storbritannia åpnet for at et selskap flyttet sitt sete ut av landet uten at selskapet derved opphørte å være en juridisk person i henhold til britisk rett. Men dette krever en tillatelse fra skattemyndighetene som ikke ble gitt. Spørsmålet er om kravet om tillatelse innebar en restriksjon for etableringsretten.

Domstolen tok utgangspunktet i at kravet om tillatelse ikke innebar noen restriksjoner verken for etablering av filialer og datterselskaper, eller for overføring av virksomhet fra et britisk selskap til et nystiftet selskap i en annen medlemsstat. Videre konstaterte domstolen at juridiske personer, i motsetning til fysiske personer, kun eksisterer i kraft av den

²⁷ Sak 81/87, *Daily Mail*.

nasjonale lovgivning i sin opprinnelsesstat.²⁸ Domstolen kom til at problemet med forskjeller mellom medlemsstatenes lovgivning måtte løses gjennom sekundærlovgivning eller traktater mellom medlemsstatene, og konkluderte med at reglene om etableringsretten ikke gav selskaper en rett til å flytte sitt sete fra en medlemsstat til en annen.²⁹ I saken *Überseering* ble domstolens avgjørelse i *Daily Mail* bekreftet.³⁰

På det tidspunktet hvor de to avgjørelsene ble avsagt, forelå det ikke noen sekundærlovgivning som legger til rette for emigrasjon av juridiske personer. Men den nye SE-forordningen gir de juridiske personer adgang til å emigrere. Spørsmålet er om det vil ha betydning for domstolens tolkning av EØS-avtalens Art. 31. I SE-forordningen Art. 8 nr. 1 gir SE-selskaper en eksplisitt rett til å flytte sitt sete til en annen medlemsstat. Selskapet fortsetter å være en juridisk person uten å måtte oppløses. Begrunnelsen som EF-domstolen brukte i *Daily Mail* om at det er de nasjonale lovgivninger som er bestemmende for selskapets stiftelse og funksjon, kan ikke anvendes her.

Spørsmålet er om likvidasjonsbeskatning samt beskatning av latente kapitalgevinster som vil utløses ved utflytting, er i strid med etableringsretten i EØS-avtalen. En slik exit-skatt vil ikke utløses hvis et SE-selskap velger å ikke benytte sin frihet til å flytte sitt sete til en annen stat. Det foreligger en destinasjonsbestemt forskjellsbehandling, dvs. en EØS-stat forskjellsbehandler egne statsborgere og nasjonale foretak som har og som ikke har benyttet seg av traktatfrihetene, jf. pkt. 3.2.1.1.3. Sak C-9/02 *Lasteyrie du Saillant* gjelder en exit-skatt som ble utløst da herr Lasteyrie du Saillant flyttet fra Frankrike til Belgia. Han ble beskattet for latente gevinster på sine aksjeinvesteringer som ved utflyttingstidspunktet ikke var realisert. Hadde herr Lasteyrie du Saillant beholdt sitt skattemessige bosted i Frankrike, ville gevinsten ikke ha blitt beskattet før på det senere realisasjonstidspunktet. EF-domstolen antok at forskjellsbehandlingen var egnet til å avholde personer til å

²⁸ Sak 81/87, *Daily Mail*, premiss 19.

²⁹ Sak 81/87, *Daily Mail*, premiss 25.

³⁰ Sak C-208/88, *Überseering*, premiss 61-73.

emigrere skattemessig fra Frankrike.³¹ For å utsette skattebetalingen til senere realisasjon, var det et krav om sikkerhetsstillelse. Men EF-domstolen mente at krav om sikkerhetsstillelse i seg selv var en restriksjon. Domstolen kom til at exit-skatten hindrer etableringsretten.

Selv om saken gjaldt fysiske personer som emigrerer, har den også betydning for SE-selskaper. Fysiske personer som emigrerer fortsetter å eksistere også etter flyttingen. Det samme gjør et SE-selskap, jf. SE-forordningen Art. 8 nr. 1. Saken gjaldt beskatning av latente kapitalgevinster. En likvidasjonsbeskatning av SE-selskaper innebærer også gevinstbeskatning av latente kapitalgevinster. Saken har derfor betydning for emigrasjon av SE-selskaper. Likvidasjonsbeskatningen kan utløse så store skattemessige konsekvenser at et SE-selskap avstår å flytte sitt sete. Dette vil innebære en restriksjon i retten til fri bevegelse. Det er derfor nærliggende å tro at likvidasjonsbeskatning ved utflytting av SE-selskap kan være i strid med etableringsretten i EØS-avtalen.

3.4.4 Skattemessige konsekvenser av innflytting av et SE-selskap

Flytting av et SE-selskap fra en annen EØS-stat til Norge vil ikke skape noe spesielle skatteproblemer i Norge. Det innflyttede SE-selskapet vil ha forretningskontor og hovedkontor i Norge. Selskapet vil da ha sin ledelse her og vil være ”hjemmehørende i riket” etter sktl. § 2-2. Selskapet har da alminnelig skatteplikt til Norge.

3.4.5 Flytting av et SE-selskap etter fusjonsdirektivet

Et SE-selskap som flytter har store likheter med det overdragende selskap i en grenseoverskridende fusjon. Når et SE-selskap flytter sitt forretningskontor og hovedkontor til en ny stat, er det ikke lenger ubegrenset skattepliktig i den opprinnelige staten. Det samme gjelder det overdragende selskap som går inn i det overtakende selskap. Etter fusjonen er selskapet heller ikke lenger ubegrenset skattepliktig i den opprinnelige staten.

³¹ Sak C-9/02, *Lasteryrie du Saillant*, premiss 45 og 46.

De mange likheter gjør at fusjonsdirektivets regler lett kan anvendes ved flytting av et SE-selskap. For å unngå de negative skattemessige konsekvenser ved flytting av et SE, er det nå vedtatt endringer i fusjonsdirektivet som gjør at direktivet også gjelder ved flytting av SE-selskaper, jf. Rådets direktiv 2005/19/EF av 17. februar 2005 om endring av direktiv 90/434/EØF. Reglene gir skattemessig nøytralitet på selskapsnivå og eiernivå.

I Art. 1 er det tatt inn at fusjonsdirektivets regler også gjelder for flytting av vedtektsmessig hjemsted fra en medlemsstat til en annen medlemsstat for SE-selskaper. Art. 10 b nr. 1 sier uttrykkelig at flytting av et SE-selskap skal ikke medføre beskatning av kapitalgevinst i fraflyttingsstaten. En forutsetning er at selskapet opprettholder et fast driftssted i fraflyttingsstaten og at selskapets eiendeler og forpliktelser er knyttet til det. Kontinuitetsprinsippet som gjelder ved fusjon vil også gjelde ved utflytting. Det faste driftsstedet skal beregne avskrivninger og skattemessig relevante verdistigninger eller verdifall på samme måte som om flyttingen ikke har funnet sted, jf. Art. 10 b nr. 2. Flytting av SE-selskapet skal heller ikke medføre beskatning av aksjeeiere, jf. Art. 10 d nr. 1.

Som nevnt tidligere gjelder fusjonsdirektivet ikke i Norge. Men hensyn til regelharmon i EØS-området gjør at direktivet kan ha interesse også ved flytting av norske SE-selskaper. Lovgiverne bør vurdere å innføre regler tilsvarende fusjonsdirektivet i norsk rett. Det som er sagt under pkt. 3.2.1.4 gjelder tilsvarende her.

3.5 Forhold mellom fusjonsdirektivet og friheter etter EØS-avtalen

For at fusjonsdirektivet skal komme til anvendelse, er det et krav om at et selskap skal opprettholde et fast driftssted i fraflyttingsstaten, jf. Art 10 b nr. 1. Flyttingen innebærer derfor ikke noen fysisk flytting av eiendeler til en annen stat. Spørsmålet er om fusjonsdirektivets krav til fast driftssted er i tråd med de fundamentale friheter i EØS-retten. Enkelte forfattere stiller seg tvilende til dette.³²

³² Se Clemens Philipp Schindler, *EU Report*, s. 66. Wolfgang Schön, *Tax issues and constraints on reorganizations and reincorporations in the European Union*, Tax Notes International, s. 202.

EF-domstolen har i sak C-436/00 *X og Y mot Riksskatteverket* kommet til at beskatning av aksjegevinster utløst ved grenseoverskridende aksjesalg er i strid med etableringsretten, når tilsvarende nasjonal transaksjon ikke vil utløse en slik skatt. Også i sak C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*, nevnt ovenfor, kom domstolen til at exit-skatt på latente kapitalgevinster er i strid med etableringsretten. Som følger av dette, har medlemsstatene ikke rett til å beskatte latente kapitalgevinster ved grenseoverskridende flytting. På den måten er reglene om de fire frihetene strengere enn fusjonsdirektivet. Beskatningen av latente kapitalgevinster skal ikke skje, uavhengig av kravet om et fast driftssted. Fusjonsdirektivet er sekundær lovgivning, og kan ikke begrense de fundamentale frihetene som er gitt i EØS-avtalen.³³ Som nevnt tidligere regulerer fusjonsdirektivet utflytting uten fysisk flytting av eiendeler. Når det gjelder fysisk flytting av eiendeler, så er kravet om fast driftssted ikke oppfylt, og fusjonsdirektivet vil ikke komme til anvendelse. Da er det bestemmelsene om de fire friheter som avgjør om exit-skatt er mulig eller ikke. Direktivet er mer som en supplerings og et middel til å oppnå harmonisering på områder for de fire friheter. Spørsmålet om fusjonsdirektivets krav til fast driftssted er i tråd med de fire friheter, er ikke blitt tatt opp i EF-domstolen.

³³ Se Wolfgang Schön og Clemens Philip Schindler, *Internationales Steuerrecht*, 2004, s. 571.

4 Oppsummering og konklusjon

Den nye selskapsformen ”europaisk selskap” har til hensikt å bedre og lette organiseringen for selskaper med virksomheter i flere land eller selskaper i forskjellige land som ønsker å samarbeide med hverandre. De selskapsrettslige regler vedrørende selskapsformen er på plass gjennom SE-forordningen. Men et felles skatterettslig regelverk for SE-selskaper er ikke oppnådd. For EU-stater er derimot de skatterettslige problemene ved stiftelse og flytting av et SE-selskap avhjulpet av fusjonsdirektivet av 23. juli 1990 90/434.

Problemstillingen i oppgaven er hvordan Norge skattemessig stiller seg til en stiftelse og flytting av et SE-selskap. Norge har ikke egne regler som regulerer stiftelse og flytting av et SE-selskap. For å oppnå en skattemessig nøytral transaksjon over landegrenser er man henvist til dispensasjonsregler i skatteloven, jf. sktl. § 11-21 og § 11-22. Skattenøytralitet er et hjelpemiddel for å gjøre SE-selskap til en mer attraktiv selskapsform. Skattefritak etter sktl. § 11-22 er basert på samtykke fra Finansdepartementet. Dispensasjonsadgangen innebærer en usikkerhet som virker negativt for selskaper som ønsker å stifte et SE-selskap eller flytte dets sete til en annen medlemsstat. Det er kanskje snakk om store verdier, og skattenøytralitet en forutsetning for stiftelse eller flytting av et SE-selskap. Selv om Finansdepartementet er lempelige med sin skattefritakspraksis, er det etter min mening, behov for en konkret regulering av skattemessige konsekvenser ved stiftelse og flytting av et SE-selskap. Om Norges samtykkepraksis er i strid med etableringsretten i EØS-avtalen er på nåværende tidspunkt uklart. Selve dispensasjonshjemmel, dvs. det å søke om skattefritak, anses ikke å være i strid med EØS-avtalen. I det tilfelle samtykke gis og det ikke settes uforholdsmessige vilkår, vil praksisen heller ikke være i strid med etableringsretten. Resultatet vil være i samsvar med skattenøytralitet som gis etter fusjonsdirektivet. Men hvis samtykke nektes, taler mye for at en restriksjon i etableringsretten foreligger. For å unngå at Norge kommer i strid med EØS-avtalens

forbudsbestemmelse om fri etableringsretten er det behov for en egen lovregulering på området.

Fusjonsdirektivet kan være et ”forbilde” når lovgiverne skal gi skatterettslige regler om stiftelse og flytting av et SE-selskap i norsk rett. Direktivet sikrer skattemessig nøytralitet ved slike transaksjoner. Noen av vilkårene i direktivet er allerede i samsvar med vilkår som Finansdepartementet setter ved skattefritak etter sktl. § 11-22, jf. ovenfor. Også hensyn til regelharmoni på EØS-området taler for dette synet. Med like eller tilsvarende skatteregler i Norge vil det være enklere å stifte eller flytte et SE-selskap. Det vil være med på å oppfylle Norges forpliktelse etter SE-forordningen og EØS-avtalen. Målet er et indre marked i EØS-området.

5 Videre arbeid på skatterettens område

Det er pr. i dag ikke noe felles skattesystem for EØS-statene. Selskaper som har virksomheter i flere EØS-stater, må forholde seg til flere lands skattesystemer og skattemyndigheter. I en grenseoverskridende transaksjon vil det utløse en rekke skattemessige problemstillinger som kan lede til dobbelbeskatning, ekstra skattekostnader for selskaper som må forholde seg til flere skattesystemer, osv.³⁴ De skatterettslige problemstillinger for SE-selskaper er de samme som for nasjonale selskaper som driver grenseoverskridende virksomheter. SE-forordningen løser ikke de eksisterende skatteproblemene. Det har lenge vært et ønske om å ha et felleseuropeisk skattesystem, der beskatningsgrunnlag og skattesatser er de samme innen EØS-området. Et slikt skattesystem vil være et effektivt redskap for å nå målet om et indre marked på EU- og EØS-området. Men et felleseuropeisk skattesystem krever at medlemsstatene oppgir sine nasjonale beskatningssuverenitet ved beskatning av selskaper. Dette kan være vanskelig fra et politisk og praktisk synspunkt. Medlemsstatene er neppe villige til oppgi denne suvereniteten. Som et eksempel vises det til de foreslåtte artikler vedrørende beskatning av SE-selskaper i utkast til forordningen i 1970 som ikke ble tatt med i den vedtatte forordningen. Et felleseuropeisk skattesystem kan være et langsiktig mål, men på det nåværende tidspunkt må det andre løsninger til.

En annen mulig løsning for å oppnå harmonisering på beskatningsområdet er "hjemstatbeskatning"/"home state taxation". Hjemstaten, dvs. morselskapets hjemstat, beregner all inntekten til selskapet, også dets inntekter fra dets virksomhet i andre EØS-stater, etter skattreglene i hjemstaten. Det foretas så en allokering av inntektene basert på en bestemt fordelingsnøkkel til medlemsstatene som selskaper har virksomheter i. Hver

³⁴ Se COM (2001) 582, s. 10 flg.

medlemsstat kan da anvende dens skattesatser på de allokerede inntektene.³⁵ Et eksempel er et norsk selskap bruker norske skatteregler til å beregne inntekt for selskapet og dets filialer i utlandet, som om de driver sine virksomheter i Norge. Den inntekten som er beregnet etter norske skatteregler, vil deretter bli fordelt og beskattet i de medlemsstatene hvor selskapet har sine filialer og datterselskaper. Skattesatsen for selskaper i medlemsstaten vil bli anvendt på den inntekten som er allokeret dit. "Hjemstatbeskatningen" er lettere å akseptere enn et felleseuropeisk skattesystem fordi det ikke er noe krav om at medlemsstatene må oppgi sin beskatningssuverenitet. Men for å kunne anvende "hjemstedsbeskatningen" er medlemsstatene avhengig av at de godkjenner hverandres beskatningsgrunnlag (tax base). Medlemsstatene må også bli enige om en fordelingsnøkkel. Fordelen ved et slikt skattesystem er at selskaper har kun ett lands skattesystem å forholde seg til. Medlemsstatene beholder sine eksisterende skattesystemer.

Kommisjonen gir i COM (2001) 582, s. 16 flg. et forslag til en mulig løsning på lang sikt. Det skal være et konsolidert selskapsbeskatningsgrunnlag for selskapers virksomheter i EU-området. Selskapets samlede inntekt beregnes etter ett sett med regler. Inntekten blir så fordelt etter en fellesavtalt fordelingsmekanisme. Medlemsstatenes suverenitet til å fastsette skattesatser blir ikke berørt. De kan anvende sine nasjonale skattesatser på sin del av det samlede beskatningsgrunnlaget. Fordelene vil være større effektivitet, forenkling og gjennomsiktighet i de forskjellige staters skattesystemer, og det vil fjerne de uoverensstemmelser som er mellom nasjonale skattesystemer. "Hjemstatbeskatning" er nevnt i forslaget som en mulig metode til å oppnå et konsolidert selskapsskattegrunnlag. Kommisjonen nevner også at et konsolidert selskapsskattegrunnlag vil være til gagn for etablering av SE-selskaper, jf. COM (2001) 582, s. 18. SE-selskaper vil kunne opprettes uten at det påløper ekstra skatteomkostninger og unngår noen av de eksisterende skattemessige hindringer for grenseoverskridende aktiviteter. Kommisjonen mener at det kan være hensiktsmessig å innføre et egnet "pilotprosjekt" for SE-selskaper.

³⁵ Se Marjaana Helminen, *The tax treatment of the running of an SE*, European Taxation 2004, s. 33.

6 Kilder og litteraturliste

6.1 Lover

Norske lover

- 1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. nov. 1992 nr. 109.
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.
- 2005 Lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr.10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven) av 1. april 2005 nr. 14.

Danske lover

- 2003 Bekendtgørelse af lov om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v. (Fusionsskatteloven) av 30. sept. 2003.
§ 15
- 2004 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven) av 19. feb. 2004.
§ 5

6.2 Forarbeider

- | | |
|-----------------------------|--|
| St.meld. nr. 16 (1997-1998) | Finansdepartementets praksis i saker etter lov av 9. juni 1961 nr 16 (Omdanningsloven) |
| Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) | Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper |
| Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) | Skatte- og avgiftsopplegget 2002 - lovendringer |
| Ot.prp. nr. 1 (2002-2003) | Skatte- og avgiftsopplegget 2003 - lovendringer |

Ot.prp. nr. 1 (2003-2004)	Skatte- og avgiftsopplegget 2004 - lovendringer
Ot.prp. nr. 17 (2004-2005)	Om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven)
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer
Ot.prp. nr. 1 (2005-2006)	Skatte- og avgiftsopplegget 2006 - lovendringer

6.3 EU-dokumenter

Traktater

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap

Direktiver og forordninger

Rådsdirektiv 90/434/EØF, <i>Fusjonsdirektivet</i>	Rådets direktiv 90/434/EØF av 23. juli 1990 om en felles beskatningsordning ved fusjon, fisjon, tilførsel av aktiver og aksjebytte vedrørende selskaper i forskjellige medlemsstater
Rådsforordning 2157/2001/EF, <i>SE-forordningen</i>	Rådets forordning nr. 2157/2001/EF av 8. oktober 2001 om statutter for det europeiske selskap (SE)

Forarbeider

COM (2001) 582 final	Towards an Internal Market without tax obstacles A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities
----------------------	--

6.4 Domsregister

EF-domstolens praksis

Sak 14/68, *Wilhelm*

Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt.

De forente saker 185/78 til
204/78, *van Dam en Zonen*

Criminal proceedings against J. van Dam en Zonen
and others.

Sak C-270/83, *Avoir fiscal*

Commission of the European Communities v French
Republic.

Sak 81/87, *Daily Mail*

The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of
Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General
Trust plc.

Sak C-336/96, *Gilly*

Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services
fiscaux du Bas-Rhin.

Sak C-436/00, *X og Y*
mot Riksskatteverket

X and Y v Riksskatteverket.

Sak C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*

Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de
l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Sak C-152/03, *De Baeck*

Jean-Claude De Baeck v Kingdom of Belgium.

EFTA-domstolens praksis

Sak E-1/04, *Fokus*

Fokus Bank ASA v The Norwegian State.

Norsk rettsstidende

Rt. 2002 s. 1144.

6.5 Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998.
- Lennart Lyngé Andersen, Erik Werlauff og Niels Ørgaard. *Holdingselskaber*. 1. utg. København, 1998.
- Andersen, Paul Krüger. *Aktie- og anpartsselskabsret*. 8. utg. København, 2004.
- Bullen, Andreas. *EU, EØS og skatt*. 1. utg. Oslo, 2005.
- Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 6. utg. Oslo, 2003.
- Anders H. Liland og Espen Nordbø. *Internasjonal skattehåndbok*. Oslo, 2002.
- Werlauff, Erik. *EU-selskabsret*. 3. utg. København, 2002.
- Werlauff, Erik. *Selskabsskatteret 2002/2003*. 4. utg. København, 2002.
- Werlauff, Erik. *SE - The Law of the European Company*. 1. utg. København, 2003.
- Zimmer, Frederik/BAHR. *Bedrift, selskap og skatt. Innviktsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*. 3. utg. Oslo, 2001.
- Zimmer, Frederik. *Lærebok I skatterett*. 4. utg. Oslo, 2001.
- Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 3. utg. Oslo, 2003.

Artikler

- Conci, Paolo. *The tax treatment of the creation of an SE*. I: European Taxation no. 1, 2004.
- Helminen, Marjaana. *The tax treatment of the running of an SE*. I: European Taxation no. 1, 2004.
- Hole, Geir Peter. *Skattemessig emigrasjon av aksjeselskaper*. I: Skatterett 2000, s. 18-36.
- Schindler, Clemens Philipp. *EU report*. I: International Fiscal Association (utg: cahiers de droit fiscal international Volume 90a).
- Wolfgang Schön og Clemens Philip Schindler, *Internationales Steuerrecht*, 2004.
- Schön, Wolfgang. *Tax issues and constraints on reorganizations and reincorporations in the European Union*, Tax Notes International, 12. April 2004.
- Soler Roch, Maria Teresa. *Tax residence of the SE*. I: European Taxation no. 1, 2004.
- Thömmes, Otmar. *EC law aspects of the transfer of seat of an SE*. I: European Taxation no. 1, 2004.

Wenz, Martin. *The European company (Societas Europaea) – legal concept and tax issues*.

I: European Taxation no. 1, 2004.

Winther-Sørensen, Niels. *Skat ved aktieselskabers til- og fraflytning*. I: Festskrift til Aage Michelsen. København, 2000, s. 307-327.

